

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CORA S.A.S
VS.
MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD - 5198**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral integrado por los árbitros **LUIS AUGUSTO CANGREJO COBOS (Presidente)**, **JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY** y **ALVARO ISAZA UPEGUI**, con la secretaría de **CARLOS MAYORCA ESCOBAR**, a pronunciar el Laudo que pone fin al proceso arbitral entre las partes de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1.- El Pacto Arbitral: El pacto arbitral contenido en el CONTRATO MOR 172-16 de 15 de noviembre de 2016:

"DÉCIMA NOVENA – CLÁUSULA COMPROMISORA Cualquiera desacuerdo o controversia derivado de, o relacionado con el presente contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento que estará compuesto por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo por las partes. Si estas no llegaren a un acuerdo en el nombramiento de los árbitros, estos serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., previa solicitud presentada por cualquiera de las partes. Mientras el Tribunal está integrado, los plazos contractuales corren normalmente hasta producirse el fallo. y se encuentra contenido en el siguiente documento: Contrato MOR-172-16 obras civiles para la instalación de las compuertas del campo moriche para prevenir inundaciones de fecha 16 de noviembre de 2016."

2.- Partes Procesales:

2.1.- Parte Convocante:

CORA S.A.S., persona jurídica, legalmente constituida, con domicilio en Puerto Boyacá (Boyacá) inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, representada legalmente por JONATHAN RAUL SIERVO PEÑA, tal como obra en el certificado de existencia y representación legal que reposa en el expediente.

2.2.- Parte Convocada:

MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, sucursal de sociedad extranjera constituida en Colombia, con domicilio en la ciudad de Bogotá, representada legalmente para asuntos judiciales y administrativos por JUAN CAMILO PINZÓN GUTIÉRREZ, tal como aparece en el certificado de existencia y representación legal aportado al expediente.

2.3.- Llamada en garantía:

COMPAÑÍA DE ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.-SEGUROS CONFIANZA S.A., persona jurídica, legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por **LUIS ALEJANDRO RUEDA RODRÍGUEZ**, tal como consta en el certificado que obra en el expediente.

3.- Apoderados: Las partes y la sociedad llamada en garantía comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por apoderados a quienes en su oportunidad se les reconoció personería en los términos del mandato a ellos conferido.

4.- La demanda arbitral: El 15 de junio de 2017 la sociedad **CORA S.A.S.**, presentó a través de apoderado judicial, demanda arbitral para resolver las diferencias surgidas con la sociedad **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD**.

5.- Árbitros: Fueron designados como árbitros por sorteo público realizado por la Cámara de Comercio de Bogotá, los doctores **LUIS AUGUSTO CANGREJO COBOS**, **JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY** y **ALVARO ISAZA UPEGUI**.

6.- Instalación y admisión de la demanda: Previas las citaciones surtidas de conformidad con lo establecido en la ley, el Tribunal de Arbitraje se instaló el 23 de agosto de 2017, en sesión realizada en las oficinas de la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en donde fijó su sede (Acta No 1), designó presidente al doctor **LUIS AUGUSTO CANGREJO COBOS**, se admitió la demanda y designó como Secretario al doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR**, quien fue informado de tal designación y oportunamente la aceptó. Posteriormente la parte Convocante mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2015, en la misma fecha se realizó la notificación personal del apoderado de la parte Convocada.

7.- Contestación de la demanda, demanda de reconvencción y llamamiento en garantía: El día 21 de septiembre de 2017, el apoderado de la parte Convocada, radicó a) un escrito de contestación de la demanda en el que se presentaron excepciones de mérito y se objetó el juramento estimatorio contenido en la demanda, b) un escrito de demanda

de reconvención y c) un escrito de llamamiento en garantía a la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. SEGUROS CONFIANZA S.A.** Mediante Auto 3 de 9 de octubre de 2017, el Tribunal admitió la demanda de reconvención y el llamamiento en garantía formulados. El día 10 de noviembre de 2017, la parte Convocante radicó en secretaría, un escrito de contestación de la demanda de reconvención en el que se presentaron excepciones de mérito y se objetó el juramento estimatorio contenido en la demanda y en la misma fecha la llamada en garantía **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. SEGUROS CONFIANZA S.A.**, presentó escrito de contestación a la demanda, a la demanda de reconvención y al llamamiento en garantía; en el cual formuló excepciones de mérito.

8.- Traslado de las excepciones: El día 17 de noviembre de 2017, se corrió traslado conjunto de las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda, de la demanda de reconvención y en el llamamiento en garantía, de igual forma se corrió traslado de las objeciones al juramento estimatorio en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso. Dichos traslados fueron descorridos el 23 de noviembre de 2017, por el apoderado de la parte Convocante, en el cual se pronunció respecto de la objeción al juramento estimatorio y de las excepciones contenidas en la contestación de la demanda, remitiéndose al escrito presentado previamente. De igual forma, el día 29 de noviembre de 2017, el apoderado de la parte Convocada, presentó un escrito mediante el cual descorre traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio y en dicho escrito solicitó pruebas.

9.- Audiencia de Conciliación y fijación de gastos y honorarios: El día 6 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de conciliación sin que se haya obtenido acuerdo alguno y por ello, se declaró fracasada; a continuación se fijaron por el Tribunal los gastos y honorarios del Tribunal, sumas que fueron pagadas oportunamente por las partes y por la llamada en garantía.

10. Primera audiencia de trámite: El día 7 de febrero de 2018, se surtió de conformidad con lo previsto en la ley; en ella, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes antes referidas. Igualmente fijó el término de duración del proceso arbitral en seis (6) meses, profirió el auto de decretó de pruebas, señaló fechas para la práctica de las diligencias y así mismo declaró finalizada la primera audiencia de trámite.

11. Instrucción del proceso:

11.1 Prueba documental: Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por las partes y la sociedad llamada en garantía.

11.2 Interrogatorios de parte: Los interrogatorios de parte de los representantes legales de las partes, fueron practicados el día 14 de febrero de 2018. (Acta No. 7)

Las correspondientes transcripciones fueron puestas en conocimiento de las partes e incorporadas al expediente.

11.3 Declaraciones de terceros: Fueron recibidas en audiencia de fecha 14 de febrero de 2018, las declaraciones de los señores **ROLANDO DARIO OJEDA PONCE** y **OSCAR ARBOLEDA NARANJO** (Acta No. 7), el día 21 febrero de 2018, se recibió el testimonio de **MARÍA MARTINEZ SEPULVEDA, EDGAR TORRES GONZALEZ, NESTOR WILSON BETANCOURT ARROYAVE, CARLOS ARTURO BARRERA DIAZ, RICARDO CRISTO COLMENARES** decretado de oficio por el Tribunal (Acta No. 8), el 13 de marzo de 2018, se recibieron los testimonios de **FREDY HERRERA CESPEDES** y **JUAN CARLOS LOZANO RODRIGUEZ** (Acta No. 10).

Fueron aceptados por el Tribunal, los desistimientos de los siguientes testimonios **RICARDO PLATA, ALEJANDRO PUENTES, GLORIA CARMENZA FRANCO, OSCAR ANDRÉS NAVARRO** y **EDWARD ANDRÉS LÓPEZ.**

Las transcripciones fueron puestas en conocimiento de las partes y de la llamada en garantía y fueron incorporadas al expediente.

11.4 Exhibición de documentos: La exhibición de documentos a cargo de la parte Convocante, no se adelantó, toda vez que tal como consta en Acta No. 10, dicha parte manifestó no tener documentos adicionales a aquellos que fueron aportados con la demanda.

11.5. Cierre etapa probatoria. Por auto de fecha 9 de mayo de 2018 (Acta No. 11), al haberse practicado la totalidad de las pruebas, se decretó el cierre de la etapa probatoria y se fijó fecha para surtir la audiencia de alegatos de conclusión el día 22 de mayo de 2018.

11.6. Alegatos de Conclusión. El Tribunal en sesión de 22 de mayo de 2019 realizó la audiencia de alegaciones, en la que cada una de los apoderados formuló oralmente sus planteamientos finales y entregó un memorial con el resumen de sus alegatos, los que forman parte del expediente (Acta No. 12).

12. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, y atendiendo al hecho de que se trata de un trámite en el que se aplica el procedimiento establecido en la ley, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012.

La primera audiencia de trámite se inició el 7 de febrero de 2018 y finalizó en la misma fecha. Por solicitud de las partes el proceso se suspendió entre los días 23 de mayo de 2018 y el 15 de julio de 2018, es decir, 54 días.

En total el proceso se ha suspendido durante 54 días, con lo cual el término se extiende hasta el día 30 de septiembre de 2018 inclusive, por lo anterior el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo.

14. Pretensiones de la parte Convocante.

La parte Convocante en la demanda formuló las siguientes pretensiones:

"

1. Declarar que **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** incurrió en mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y a las de su naturaleza, en abierta violación de lo plasmado en los arts. 230 de la C.N. y 871 del C.Co. en la ejecución del contrato **MOR-172-16** celebrado con **CORA S.A.S.**
2. Como consecuencia de lo anterior declarar resuelto el contrato **MOR-172-16**.
3. Condenar a la Empresa **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** a pagar a **CORA S.A.S.** la suma de **\$521.217.294** que corresponde a los dineros invertidos por **LA CONTRATISTA** en la ejecución del contrato **MOR-172-16**, hasta el día 4 de febrero de 2017, fecha en la que suspendió unilateralmente su ejecución.
4. Condenar a **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** a pagar a **CORA S.A.S.** los intereses moratorios sobre la anterior suma desde el 5 de febrero de 2017 y hasta la fecha en que efectivamente se pague esta suma con fundamento en el art. 884 del C.Co..
5. Condenar a **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** a pagar a **CORA S.A.S.** la suma de **\$127.435.452** que corresponde a la utilidad presupuestada en la oferta que determinó la adjudicación del contrato.

6. Condenar a **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** a pagar a **CORA S.A.S.** las costas y agencias en derecho que demande el presente proceso arbitral.”

15. Hechos de la demanda.

La parte Convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda, los cuales fueron expresados así:

- “
1. La Empresa **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**, es una sociedad comercial de derecho privado con domicilio en la ciudad de Bogotá, **NIT. 800249313-2** constituida por escritura pública No. 6458 del 5 de diciembre de 1994 de la Notaría Cuarta de Santa Fe de Bogotá, con matrícula mercantil No. 00625381 del 6 de diciembre de 1994 de la Cámara de Comercio de Bogotá, representada legalmente por **SINGH HARVINDERJIT**, según se demuestra con el certificado de existencia y representación legal que se acompaña en seis (6) folios (2 a 7).
 2. La Empresa **CORA S.A.S.**, es una sociedad comercial de derecho privado con domicilio en Puerto Boyacá (Boyacá) con un **capital autorizado, suscrito y pagado de \$155.000.000**, esto es, con un **capital de 210.10 S.M.L.M.V.** según consta a folio 3 del certificado de existencia y representación legal que se acompaña en cuatro (4) folios (8 a 11) y un **personal de planta de 16 de personas**, según lo certifica el revisor fiscal de la misma que se acompaña y que se anexa a folio 12, lo que nos indica que se trata de **una pequeña empresa**.
 3. **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** invitó a **OSCAR ARBOLEDA NARANJO**, obviamente como socio mayoritario de **CORA S.A.S.** a participar en el proceso de **"INSTALACIÓN DE COMPUERTAS - CONSTRUCCIÓN DE OBRAS CIVILES PARA LA INSTALACIÓN DE COMPUERTAS CON CHARNELAS PARA EL CONTROL HIDROLÓGICO DE LOS CAMPOS MORICHE Y ABARCO EN CUATRO SITIOS LOCALIZADOS EN EL CANAL GUAJIRA, CANAL EJÉRCITO, Y CANAL NORTE 7."**, según puede verse en la imagen 1 del folio 25.
 4. Para los efectos antes mencionados se señaló como fecha de visita de obra el día 8 de septiembre de 2016, llevada a cabo a las 9:00 am. en las oficinas de Implementación en Campo Moriche, a la que concurrieron otros contratistas.

5. En la reunión preliminar informativa dirigida por el Ing. **EDGAR TORRES** de **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** se explicó el tipo de obra a construir, los lugares en que esto se realizaría, pero no se aportó ningún documento relacionado con el objeto del contrato.
6. Concluida la reunión todos los intervinientes se dirigieron a los lugares indicados por el Ing. en mención, pero realmente solo se visitaron tres de los cuatro puntos a intervenir, **GUAJIRA, ABARCO** y **EJÉRCITO**, se omitió **NORTE 7**, con el argumento del potencial contratante, de que era el más lejano y que presentaba similares condiciones a los ya visitados (Oficio del 9 de febrero de 2017, Num. 2 Folios 422 y 423,).
7. Concluida esta etapa precontractual de visita de obra **CORA S.A.S.** manifiesta su intención de participar en el proceso contractual a través del correo del 12 de septiembre de 2016 visible en la imagen 6, folio 28.
8. Durante la etapa precontractual de aclaraciones **NATALIA GARCIA** de **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**, subió a la **Plataforma intelcost.com**, para que fuera conocido por todos los proponentes los **"...planos constructivos para que sean tenidos en cuenta en la presentación de su oferta técnica y económica."**, imagen 7, folio 29.
9. Los archivos que contienen los planos en mención aparecen en las carpetas denominadas **ABARCO ESTE, CANAL NORTE 7, EJÉRCITO, LA GUAJIRA**, visible en la imagen 8, folio 29, constante de cinco (5) planos, uno (1) por cada punto, exceptuando **EJERCITO** que aparecen dos planos (Uno con la localización y otro con detalles).
10. Cada plano que es eminentemente técnico contiene **LA LOCALIZACIÓN DE LA COMPUERTA, LA ESTRUCTURA EN CONCRETO DENTRO DEL SITIO A INTERVENIR, DETALLES DE LA ESTRUCTURA DE LAS ALETAS, DESPIECE DE ACEROS Y DETALLE DE LA COMPUERTA** visibles en las imágenes 9 a 20, folios 30 a 35.
11. Las respuestas a las preguntas que fueron formuladas en la etapa de aclaraciones, están contenidas en la **Plataforma Intelcost** con fecha 14 de septiembre de 2016, de las cuales solamente tomaremos, aquellas que a nuestro juicio, tuvieron alguna incidencia en las causas del incumplimiento del contrato por parte de **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**

12. En efecto, el mantenimiento de las compuertas y charnelas estaba pactado para realizarse en **"taller"** (Ítem **"SUMINISTRO E INSTALACION DE ESTRUCTURA METALICA Y PERNOS DE ANCLAJE"**, Literal 4.9 de **"ESPECIFICACIONES TÉCNICAS OBRAS CIVILES Y DE GEOTECNIA ESTRUCTURAS METALICAS"**, folio 338) pero se encontraban en **patio** de **MANSAROVAR**, siendo menos costoso trasladarlas al taller de **CORA S.A.S.** para ello, tal como se probará con testimonio técnico.
13. Así mismo, en el plano **GUAJIRA** se encuentra establecido **"SACOS DE 0.1 x 0.4 x 0.6 DE SUELO, MATERIAL VEGETAL Y SEMILLAS"**, ítem que no se encuentra en ninguna parte de las especificaciones técnicas contractuales, pero que generó pregunta por parte de los oferentes y respuesta por parte de la contratante, quien manifestó que **"Este aspecto debe estar incluido en el ítem 7.1 bolsa fique la cual será rellena con suelo, semilla y abonos fertilizantes."** (Num. 11, imagen 26 folio. 39).
14. Agotada la etapa de aclaraciones, **CORA S.A.S.** en respuesta a requerimiento de **MANSAROVAR**, mediante correo de fecha 16 de septiembre de 2016 confirma su participación en el proceso licitatorio (Imágenes 37 y 38, folios 48 y 49)
15. En cumplimiento de exigencias de la contratante, **CORA S.A.S.** constituye póliza de seriedad de la oferta el día 19 de septiembre de 2016 (Imágenes 39 a 42, folios 49 a 51).
16. El día 19 de septiembre de 2016 **CORA S.A.S.** envía su oferta precontractual visible a folios 57 a 153, la cual fue presentada con fundamento en la visita parcial de obra y en los planos y documentos atinentes al objeto del contrato que subió **MANSAROVAR** en su **Plataforma Intelcost.com** el día 12 de septiembre de 2016.
17. Los días 11 y 17 de octubre de 2016, **ALEJANDRO PUENTES** funcionario de **MANSAROVAR** solicita **CORA S.A.S.**, dentro de la etapa de aclaraciones de contratante a contratista, mediante comunicaciones en **Plataforma Intelcost.com**, completar el cuadro de APU y aclarar los puntos de anexo adjunto, a lo cual **CORA S.A.S.** da sus respuestas los días 11 y 17 de octubre de 2016, (Imágenes 150 a 157, folios 154 a 157)

18. Las respuestas a lo solicitado por el funcionario de **MANSAROVAR** fueron emitidas con fundamento en lo mencionado en el numeral 16 de ésta acápite.
19. Agotada esta etapa precontractual **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** adjudicó el contrato a **CORA S.A.S.** y éste fue firmado por las partes el día 15 de noviembre de 2016 cuyo **OBJETO** fue la ejecución de **"OBRAS CIVILES PARA LA INSTALACIÓN DE LAS COMPUERTAS DEL CAMPO MORICHE PARA PREVENIR INUNDACIONES de acuerdo con las normas vigentes, las disposiciones legales y las disposiciones que LA EMPRESA establezca en materia de Salud Ocupacional, Seguridad Industrial y Medio Ambiente, la propuesta de referencia de fecha diecinueve (19) de septiembre de 2016 presentada por EL CONTRATISTA y el presente Contrato y sus Anexos, que forman parte integrante del presente contrato."** (Cláusula PRIMERA-OBJETO del **CONTRATO MOR 72-16**, folio 161).
20. Vale la pena aclarar que se trató de un contrato de adhesión en el que **CORA S.A.S.** no estableció ninguna cláusula, solo las que impuso **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**.
21. **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** envía a **CORA S.A.S.** el contrato digital el día 23 de noviembre de 2016 y físico el día 24 de noviembre de 2016 según lo anuncia en correo del 23 de noviembre (Imagen 160, folio 159).
22. El contrato **MOR 172-16**, según lo pactado en la cláusula **"SEGUNDA-PRECIOS Y VALOR"**, es un contrato de cuantía indeterminada y su valor final **"... será el que resulte de multiplicar los precios o tarifas unitarias, por el valor de los trabajos o servicios realmente ejecutados y recibidos a satisfacción por la Empresa."**
23. El precio establecido solamente fue considerado para efectos de expedición de pólizas y así se confirma en el **"PARAGRAFO"** de la cláusula **SEGUNDA** cuando se estableció que **"Las cantidades de obra o servicios indicadas en el anexo "A" de tarifas son estimadas y no garantizan un mínimo de ejecución del contrato ni establecen un máximo"**.
24. Las tarifas pactadas fueron señaladas en el **anexo A** ya mencionado y, además, se estableció que en caso de realizarse trabajos adicionales, estas serían las mismas contempladas en dicho anexo (Numerales 2.2 y 2.3 del contrato, folio 161).

25. Los trabajos adicionales que llegaran a requerirse para el cumplimiento del objeto del contrato, por sustracción de materia, tendrían que ser pagados de acuerdo a precios según la costumbre comercial.
26. El **ACTA DE INICIO** correspondiente al **CONTRATO MOR 172-16** se firmó el día 27 de diciembre de 2016 y se estableció como fecha de culminación el día 26 de abril de 2017 (Folio 186).
27. **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** no entregó a la contratista **CORA S.A.S.** documentos relacionados con estudios de suelos e hidrológicos, como tampoco documentación técnica detallada de la obra a ejecutar en suelo en cada uno de los puntos a intervenir, solo las especificaciones técnicas e información contenidas en los planos.
28. Tratando de solucionar éste vacío y otras dudas surgidas de la lectura del contrato, **CORA S.A.S.** le envía un correo a **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**, y a los Ings. **FREDY HERRERA** (Interventor) y **EDGAR TORRES** (Administrador del contrato en su momento) el día 1 de diciembre de 2016 donde textualmente les dice "**Con base en la revisión de planos entregados durante la visita de obra, tengo las siguientes observaciones.**
1. **No se evidencia en los cuadros de cantidades de obra de cada plano, lo correspondiente a excavaciones y rellenos de cada punto a intervenir, igualmente, no se evidencias los puntos de terreno (Según topografía inicial) para calcular los volúmenes de excavación y llenos necesarios para lograr de esta forma interpolar la información con las cantidades del contrato.**
 2. **No se evidencian detalles de la tubería (suministrada por Mansarovar) a utilizar en el pilotaje, tampoco se evidencia diseño de las obras a realizar en esta actividad (Profundidad, diámetro de tuberías a utilizar y localización).**
 3. **Igualmente para los ítems del proyecto no se encuentra información sobre los puntos 9.1 y 9.2.**
 4. **Dentro de los planos suministrados no se evidencia información clara sobre dónde deberán ser instalados los bolsacretos (Cantidad por punto).**
 5. **Lo mismo aplica para el ítem de sacos de suelo cemento y bolsa fique.**

6. Dentro de la información suministrada no se evidencia el diseño de las piezas referenciadas en el ítem 6.2 "Suministro y montaje de elementos metálicos".

7. No se encuentra información referente al ítem 9.4, es decir los planos de las estructuras a las que hay que realizarle mantenimiento y cómo deben ir instaladas en las estructuras para la manipulación de las compuertas.

... dado lo anterior, solicitamos respetuosamente nos envíen la información complementaria o necesaria para continuar llevando a cabo la revisión de cantidades de obra y posterior organización del PDT para marcar el inicio de las actividades." (Imagen 203, folio 199). (Negrillas y subrayado del suscrito.)

29. El interventor **FREDY HERRERA** responde a lo solicitado el día 1 de diciembre de 2016, pidiendo a través del correo electrónico que **CORA** diligenciara unos formatos para cada inquietud y para cada frente de trabajo, lo cual no satisfacía lo pedido, mientras que el administrador del mismo no respondió nada al respecto (Imagen 204, folio 200).

30. El Ing. **JORGE CORTES** proyectista – gestor de documentos técnicos de **MANSAROVAR** responde a dicho correo el día 12 de diciembre de 2016, adjuntando los mismos planos constructivos, los cuales ya reposaban en poder de **CORA S.A.S.** por lo tanto en nada ayudaba a solucionar las inquietudes de **CORA** (Imágenes 206 a 208, folios 202 y 203).

31. Tal como se firmó en **ACTA DE INICIO**, la ejecución del contrato empezó a desarrollarse el día 27 de diciembre de 2016, cumpliendo por parte de **CORA** con el suministro de maquinaria, equipo y personal como se pactó en el contrato.

32. La primera actividad de importancia realizada en campo fue la localización de los puntos de amarre, para dar con la ubicación exacta de los lugares que arrojará la georeferenciación para la construcción de las compuertas objeto de contrato, según los puntos entregados por el interventor **FREDY HERRERA**, **que no aparecían especificados en el contrato, en sus especificaciones técnicas ni en las condiciones generales del mismo.**

33. Para cumplir esta labor, **CORA** encomendó la misión a una comisión de topografía encabezada por el Ing. residente **ROLANDO OJEDA**, el topógrafo **CARLOS BARRERA**, un cadenero y un conductor quienes debían desarrollarla en un día de

*trabajo, con un costo directo de **\$685.400**, incluido salarios, seguridad social, subsidio de alimentación y transporte para movilizar el personal.*

34. Desde el día 24 de diciembre de 2016, **CORA S.A.S.** realizó una visita a los lugares donde se construirían las compuertas, **GUAJIRA, EJERCITO, ABARCO y NORTE 7** y constató que **"...no están materializados los puntos de amarre de coordenadas planas sobre el sistema nacional Magna Sirgas ni Arenas (Suministrado por Mansarovar).**

De igual manera al revisar los planos proporcionados por el cliente no se encontraron las coordenadas GPS de amarre para la compuerta denominada Guajira.

Con relación a los dos sistemas de georeferenciación (Magna Sirgas y Arena) se encontró que difiere más de 7 metros uno respecto del otro....", según aparece en el correo visible en la imagen 232, folio 225, enviado por el Ing. residente **ROLANDO OJEDA** al Gerente de **CORA, JONATHAN SIERVO.**

35. El mismo 24 de diciembre de 2016, **JONATHAN SIERVO** Gerente de **CORA** le ofició vía correo electrónico a **FREDY HERRERA** interventor del contrato y a los Ings. **JUAN LOZANO** y **RICARDO CRISTO**, funcionarios de **MANSAROVAR**, en donde entre otras cosas, les informa lo comentado por el Ing. residente en el correo mencionado en el numeral anterior (Imagen 234, folio 226).

36. El 26 de diciembre de 2016 el Interventor **FREDY HERRERA** responde a **CORA** el anterior correo y le ordena tomar como puntos de amarre los más cercanos a los sitios donde se construirán las compuertas y para ello le inserta en un anexo al correo unos puntos de georeferenciación (Imagen 235, folio 227)

37. La actividad denominada **LOCALIZACIÓN Y REPLANTEO** que ejecutaría la comisión de topografía a que me refiero en el numeral 32 de éste acápite, inició su trabajo el día 4 de enero de 2017, **estaba presupuestada para un día, pero por la falta de mojones y por tenerse que amarrar a otros más lejanos, duró nueve (9) días, habiendo terminado el día 7 de enero de 2017, lo que le trajo un sobre costo a CORA equivalente a siete (7) días de trabajo que en términos económicos asciende a \$21.567.869.47**, tal como aparece en los informes diarios que la Empresa enviaba al interventor, tal como se especifican en el acápite de **JURAMENTO ESTIMATORIO** (Folios 481 a 494).

38. Para la ejecución del contrato **CORA S.A.S.** adquirió la totalidad del **hierro figurado** previa autorización y visto bueno del Interventor **FREDY HERRERA** según **ACTA 001** del 3 de enero de 2017 (Folio 233, ítem 4.2) con un costo de **\$107.372.613.43** (Folio 577).
39. De acuerdo al plan de trabajo (PDT) programado por **CORA**, para la ejecución del contrato se iniciaron actividades de **MOVILIZACIÓN**, según lo pactado en el contrato y descrito en el **ANEXO A** y en las **ESPECIFICACIONES TECNICAS** únicamente en **EJÉRCITO** y **NORTE 7**, el día 28 de diciembre de 2016, por lo que era necesario construir o adecuar vías de acceso y campamentos donde se desarrollarían las actividades (Folios 481 y 482).
40. En el sitio denominado **EJÉRCITO** no fue necesario construir o adecuar vías de acceso, pues las condiciones del terreno permitían la movilización o desmovilización de equipos, **solo fue necesario realizar trabajo de rocería manualmente y retiro de barandas o defensas metálicas que se encontraban en la vía** (Folios 499 y 500).
41. En el sitio denominado **NORTE 7** fue necesario **construir vía de acceso, una rampa y realizar trabajo de rocería manualmente, actividades en las que se utilizó maquinaria para movimiento de tierra y personal** (Folios 499 y 500).
42. Los trabajos extracontractuales que fueron ejecutados en **EJERCITO** y **NORTE 7** por **CORA S.A.S.** mencionados en los numerales 40 y 41 eran absolutamente necesarios para cumplir con el objeto del contrato pues eran de su naturaleza y, a pesar de que ni en la propuesta, ni en aquel, ni en sus anexos se especificaron como trabajos a desarrollar cualitativa y cuantitativamente, **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** tendrá que pagarlas con fundamento en la buena fe, en la equidad y en la costumbre comercial, según lo establecido en el art. 871 del C.Co., no pagarlas equivale a mora y a incumplimiento de contrato.
43. Los costos efectivamente erogados por **CORA S.A.S.** para los trabajos de rocería en **NORTE 7** y **EJÉRCITO** y construcción de rampa en **NORTE 7**, ascendieron a la suma de **\$36.132.944.52**, (Folio 577) tal como se especifican en el acápite de **JURAMENTO ESTIMATORIO**.

44. El interventor de la obra, Ing. **FREDY HERRERA**, designado por **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** siempre estuvo presente durante la ejecución de todos los trabajos adicionales sin que jamás hiciera reparo alguno por escrito.
45. Terminadas estas obras **CORA S.A.S.** dentro de su **PLAN DE TRABAJO** (P.D.T.) empieza a ejecutar los trabajos correspondientes a **EXCAVACIÓN DE OBRAS CIVILES EN ZONA SECA**, tanto en **NORTE 7** como en **EJÉRCITO**, de manera simultánea, que indiscutiblemente no hacen parte de los ítems establecidos en el **"ANEXO A"** del contrato las cuales son de su naturaleza y necesarias para el ingreso de maquinaria pesada, para garantizar la estabilidad del terreno y seguridad de personal que labora en la obra.
46. Vale la pena aclarar que en el punto denominado **EJÉRCITO** la excavación de obras civiles en zona seca se hizo, para el hincado de la tubería del pilotaje que serviría como contención en la vía de ingreso al sitio de excavación en zona húmeda, además que también se realizó para el mismo propósito de lo que se hizo en **NORTE 7**.
47. Esta excavación de obras civiles en zona seca, ejecutadas en **EJÉRCITO** y **NORTE 7** se inició el día 11 de enero de 2017, tuvo una duración de veinte (20) días laborales y un costo de **\$16.664.046.85** (Folio 577), tal como se especifican en el acápite de **JURAMENTO ESTIMATORIO**.
48. Finiquitado lo anterior, continuando con su **PLAN DE TRABAJO CORA S.A.S.** inicia la parte de **EXCAVACION MECANICA PARA OBRAS CIVILES EN ZONA HUMEDA** a partir del día 12 de enero de 2017, con el propósito de construir las estructuras en concreto para el soporte de las compuertas tanto en **NORTE 7** como en **EJÉRCITO**.
49. De acuerdo a las condiciones generales del **CONTRATO MOR 172-16, MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** en el ítem 2.1 del **ANEXO A** proyectó realizar trabajos de **"Excavación mecánica para obras civiles en zona húmeda, para los cuatro puntos a intervenir en 2.274 m3 a un precio unitario de \$2.302 m3 para un total de \$5.234.748"** (Folio 174).
50. **CORA S.A.S.** presupuestó para los trabajos antes mencionados, las mismas cantidades y valores, teniendo en cuenta que **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA** para efectos de la presentación de la propuesta, envió el cuadro

resumen que contenía las cantidades a excavar (Movimiento de tierra) (Folio 62, ítem 2.1).

- 51. MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** jamás entregó con el contrato y sus anexos a **CORA S.A.S.** estudios estratigráficos ni hídricos que le permitieran tener un claro conocimiento acerca del nivel freático, ni del flujo hídrico natural o por escorrentía existente en los sitios a excavar para la construcción de las estructuras que soportarían las compuertas.
- 52.** Para **CORA S.A.S.**, teniendo en cuenta la cantidad de metros cúbicos a excavar en zona húmeda proyectados por **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** que fue de 2.274 m³ en los cuatro puntos a intervenir y que en los inicios de la firma del contrato se distribuyeron para **NORTE 7** y **EJERCITO** en 1.349 m³, era claro que no se presentaría problema alguno con los trabajos de excavación en zona húmeda.
- 53.** Siguiendo los parámetros contractuales establecidos en los planos (Imágenes 9 a 20, folios 30 a 35), se inicia la excavación en **NORTE 7** con retroexcavadora 320 y volqueta de 7 m³, consistente en extraer el material de suelo y transportarlo fuera de la zona donde se estaban ejecutando estos trabajos.
- 54.** Cuando se había profundizado a 50 cms en zona húmeda, del lecho del caño hacia abajo, se encontró un suelo arenoso que al mezclarse con el flujo hídrico propio de una zona húmeda, empezó a generar una licuefacción que se fue volviendo inagotable.
- 55.** Dentro del mismo sitio de la excavación buscando estrategias que permitieran avanzar en esta actividad, **CORA** a través de su operador empezó a excavar en otros puntos dentro del mismo límite de la zona de la compuerta, pero el fenómeno de la licuefacción se replicó en cada uno de estos sitios.
- 56.** Por tratarse de excavación en zona húmeda donde no existían estudios estratigráficos ni hídricos **CORA S.A.S.** proyectó instalar un sistema de entibado convencional con base en tubería galvanizada de 2" y lámina de caneca.
- 57.** Para la instalación de este sistema **CORA S.A.S.** adquirió 90 tubos de 3 mts y 496 láminas de caneca que tuvieron un costo de **\$3.419.999,67 la tubería de 2" galvanizada** (Factura 260819 **FERRETERIA CENTRAL**) y de **\$14.630.000 las**

láminas de canecas (Facturas 17558, 17559, 17587, 17598 y 17608 de CHATARRERIA Y MONTALLANTAS LA CAMPANA).

58. *Este sistema de entibado convencional empezó a instalarse el día 16 de enero de 2017, con el propósito de contener los taludes y crear un espacio libre para la construcción de la cimentación de la estructura en concreto para la compuerta, trabajo que duró 01 día.*
59. *Tanto el nivel freático como el flujo hídrico empiezan a incrementarse de una manera desproporcionada hasta el punto que impide el hincado de la tubería y hace inviable su instalación.*
60. *Tratando de disminuir el nivel freático y contener el altísimo flujo de escorrentía subterránea, **CORA S.A.S.** instala permanentemente 24 horas al día cuatro (4) motobombas: 1 de 3" (Factura 9514 **CONSTRUCCIONES HET**), 1 de 4" (Factura 260879 **FERRETERIA CENTRAL**) y 2 de 6" (Factura 261214 **FERRETERIA CENTRAL**), últimas éstas que fueron compradas, compra y alquiler que tuvieron un costo de **\$12.794.818,01**.*
61. ***CORA S.A.S.** cambia de estrategia y sustituye la tubería de 2" por tubería de perforación de 2-7/8" X L= 4.5 mts y se inicia instalación del sistema de entibado con ésta tubería y lámina de caneca, construyendo un tramo de aproximadamente 12,00 mts, que tampoco soporta la fuerza generada por los empujes laterales del terreno. Trabajos que duraron 10 días laborales y que en materiales tuvo un costo de **\$24.206.666** (Facturas 140 **HIERRO Y VALVULAS** y Factura de Compra 689) por concepto de tubería de perforación de 2-7/8".*
62. *Como la lámina de caneca no cumplió con su objetivo, **CORA S.A.S.** decidió sustituirlas por láminas de alfajor y de hierro, con un costo de **\$14'179.800,19** (Facturas 261120 y 261121 **FERRETERIA CENTRAL**) y procedió a su instalación, pero cuando se había avanzado 17 metros aproximadamente, se observó una inclinación total del sistema hacia el interior de la excavación producida por los empujes laterales del terreno actividad que duró 9 días.*
63. *A la par de la ejecución de las labores de manejo y contención de aguas, se realizaba excavación en zona húmeda de **1.056,09 m3**, discriminados así: **NORTE 7**, 574,20 m3 y, **EJERCITO** 481,89 m3., según el registro de carteras y memorias levantado por la comisión de topografía que intervino en dicha actividad (Folios 460 a 474).*

64. La excavación en zona húmeda ejecutada en **NORTE 7** y **EJERCITO** que involucra materiales, maquinaria, equipos y mano de obra a que se hace referencia en los 57 a 63, incluido el manejo, contención de aguas y entibado tuvieron un valor de **\$190.679.994.20**.
65. Hasta este momento se habían ejecutado 32 días de labores y tan solo se había avanzado un 14.06% del total de la obra, con una inversión para **CORA S.A.S.** de **\$521.217.294.00**, faltando 88 días para finiquitar el contrato de acuerdo al tiempo pactado con **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** y un 85.94% del total de la obra por ejecutar, lo que quería decir, que existía un evidente desequilibrio financiero para **CORA**.
66. Después de haber construido el pilotaje y ejecutado los trabajos de excavación para obras civiles en zona seca en el sitio denominado **EJÉRCITO**, cuando la **EXCAVACIÓN EN ZONA HÚMEDA** había avanzado a una profundidad de 50 cms (Obras que no estaban dentro del marco contractual pero de su naturaleza y necesarias para el objeto del contrato), al presentarse los imprevistos de **NORTE 7** y consecuentemente un desequilibrio financiero para **CORA S.A.S.**, se pidió la suspensión del contrato verbalmente el día 31 de enero de 2017 y, por escrito, con el carácter de urgencia, el día 3 de febrero de 2017, según documento que tiene firma y fecha de recibido por el Ing. **EDGAR TORRES** de **MANSAROVAR** (3 folios 414 a 416).
67. Ante el silencio de **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** frente a las peticiones que en torno a la suspensión del contrato presentó **CORA S.A.S.**, ésta decide suspender unilateralmente el contrato debido al desequilibrio financiero en que había incurrido y puntualmente por los altísimos costos de stand by de maquinarias y equipo que permanecían en la obra, el día 7 de febrero de 2017 (Folios 417 a 419).
68. Siguiendo recomendaciones de los **HSE** de **CONTRATANTE** y **CONTRATISTA** y del Ingeniero Ambiental **MAURICIO NAVARRETE**, **CORA S.A.S.** decide desmantelar, desmovilizar y recomponer el terreno, tal como se demostrará con la prueba que para el efecto se solicitará.
69. El día 30 de enero de 2017 con el acta de informe diario **CORA S.A.S.** envió al Interventor **FREDY HERRERA** por correo electrónico un corte de la ejecución

*presupuestal realizada por **LA CONTRATISTA** por la suma de **\$157.444.521** a fin de que se procediera a la revisión para su pago (Folio 454 y 533).*

- 70. El día 3 de febrero de 2017 y a través del correo del Ing. **EDGAR TORRES**, Interventoría devuelve la ejecución presupuestal que según **MANSAROVAR** debe pagar a **CORA S.A.S.**, cuantificándola en la suma de **\$90.349.290** (Folio 455 y 533).*
- 71. La diferencia de ejecución presupuestal a este corte es por la suma de **\$67.095.231**, que no pagaría **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** a **CORA S.A.S.** y corresponde a trabajos realizados dentro del marco contractual del **ANEXO A** (Folios 454 y 455).*
- 72. **CORA S.A.S.** en consideración a los altos costos en que ha incurrido por ejecución de trabajos realizados no contemplados en el **ANEXO A** del contrato, que son de su naturaleza pero necesarios para su objeto y teniendo en cuenta la valoración por ejecución presupuestal que presenta **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** decide realizar un análisis de la situación financiera del contrato **MOR-172-16** el día 3 de febrero de 2017 y llega a la conclusión de que solo en ejecución de ítems contemplados en este **ANEXO**, ha invertido la suma de **\$304.996.319**, lo que significaba que para ese momento el contrato había entrado en una fase de crisis financiera total (Folio 456 a 480).*
- 73. Por lo anterior, a solicitud de **CORA S.A.S.** el día 6 de febrero de 2017 se realizó una reunión informal en las Oficinas de **MANSAROVAR** en Bogotá en donde intervinieron el Gerente de **CORA JONATHAN SIERVO**, la auxiliar de Ingeniería asignada para éste proyecto **YERALHDIN MARTINEZ** y el Director del proyecto **OSCAR ARBOLEDA NARANJO** y, por parte de **MANSAROVAR**, **JUAN CAMILO PINZON**, **RICARDO PLATA**, **CAMILO ARIAS** y **ALEJANDRO PUENTES**, en la cual se insistió en la necesidad de suspender el contrato y se les indicó que ya se les había oficiado con fecha 3 de febrero de 2017, reunión que terminó con la respuesta de **MANSAROVAR** de que se esperaba la llegada del oficio.*
- 74. Sin perjuicio de lo anterior, el día 7 de febrero de 2017 **CORA S.A.S.** ante la crítica situación de carácter financiero atribuible a **MANSAROVAR**, se le hace llegar un nuevo oficio a ésta Empresa advirtiéndole que de no aceptar la solicitud de suspensión, **LA CONTRATISTA** lo haría de manera unilateral y se pidió liquidar el contrato en las condiciones en que se encontraba (Oficio recibido por el Ing. **EDGAR TORRES** de **MANSAROVAR** en 3 folios, 417 a 419).*

75. **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** en oficio **MECL-004-17** (2, folios 420 y 421) fechado el 8 de febrero de 2017 y recibido en esa misma fecha, sin haberle dado respuesta a ninguno de los oficios antes aludidos, manifiesta su preocupación por la suspensión parcial de actividades y solicita a **CORA** tomar correctivos para continuar la ejecución del contrato **MOR-172-16**, advirtiendo que, a su juicio, eso constituye un incumplimiento del mismo.

76. El día 9 de febrero de 2017 y mediante oficio **MECL-005-17** (38 folios, 422 a 425), **MANSAROVAR** da respuesta a los oficios de fecha 3 y 7 de febrero de 2017 en donde dicha Empresa manifiesta entre otras cosas que las actividades fueron suspendidas unilateralmente sin contar con el aval de **MANSAROVAR**; que **CORA** procedió a efectuar labores de desmantelamiento y desmovilización; acepta haberse realizado la visita de obra en solo tres puntos de los cuatro pero que a su juicio **CORA** debió investigar y complementar la información que fuera requerida para la ejecución del contrato; que el manejo de aguas no fue idóneo; que si a la firma de la propuesta **CORA** manifestó conocer el objeto del contrato, mal puede alegar los imprevistos a su favor; que no es posible pagar stand by de maquinarias y equipos por cuanto la contratante exigió un mínimo de ellos para mantener en el área; que los materiales no pueden ser cuantificados porque fueron retirados y reconvertidas las áreas; que los estudios de suelos debieron ser solicitados al principio y no 20 días después de iniciada la obra; que el cálculo hidrológico no es necesario para la construcción de compuertas; que el replanteo de los puntos de georeferenciación no afectaron la obra; que las cantidades a reparar para los pilotes hincados obedecen a cantidades realmente ejecutadas y, que en esa semana de los días 6, 7, 8 y 9 de febrero de 2017 **CORA** venía realizando actividades de desmantelamiento y abandono de las obras propias del contrato. Termina su oficio exigiendo a la contratista a "... **normalizar actividades...**" y **puntualizando** que lo realizado por **CORA** "...**constituye un incumplimiento...**", pero no propone ningún tipo de solución respecto al problema de fondo de las causas que originaron el desequilibrio financiero para **CORA**.

77. El día 16 de febrero de 2017, **CORA S.A.S.** le envía un oficio al Ing. **JUAN CARLOS LOZANO** administrador del contrato y a **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA** que consta de 3 folios (426 a 428), en el que de una manera clara y contundente le presenta a **LA CONTRATANTE** una radiografía de las "...**JUSTIFICACIONES TÉCNICAS Y FINANCIERAS PARA LA SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES DEL CONTRATO MOR-172-16**" y del, "**DESEQUILIBRIO FINANCIERO EN EL CONTRATO MOR-172-16**", como respuesta a los oficios **MECL 004 y 005** en el que entre otras cosas le propone realizar un comité técnico

bilateral para evaluar las circunstancias actuales del contrato, la suspensión temporal del mismo por un término prudencial y, el estudio de "... la posibilidad de renegociar el contrato de una forma que se ajuste a la satisfacción contractual de ambas partes, teniendo en cuenta las causas que han originado el desequilibrio financiero contractual, lo que conllevaría al pago de aquellas obras necesarias para cumplir con el objeto del contrato y que se han tenido o tienen que realizarse para su culminación a cabalidad."

78. El documento antes mencionado, según lo que se indicó en el inciso antepenúltimo del mismo, tenía "..., **como objetivo dar cumplimiento a lo pactado en la CLAUSULA DECIMA SEXTA ítems 16.3 y 16.4 del contrato MOR-172-16**", advirtiéndoles que en caso de que **MECL** no aceptara las propuestas, **CORA** se acogería a lo establecido en la **CLAUSULA DECIMA NOVENA** apartados 19.1 y 19.2, pidiéndoles que se procediera a la designación de árbitros.
79. El día 28 de febrero de 2017 mediante oficio **MECL-006-17 MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** da respuesta al oficio enviado por **CORA** el día 16 de febrero de 2017 en el que según dicha Empresa "...no encuentra justificación alguna para proceder frente a los asuntos propios del contrato de referencia..." y solicita "...la inmediata normalización de las actividades propias del contrato, so pena de que a partir de este momento se constituya..., en un incumplimiento de lo establecido en el contrato MOR-172-16..." y termina su escrito diciendo "**Finalmente, con el objeto de poder gestionar personalmente el tema de controversia y darle solución definitiva al asunto que aquí nos convoca, me permito citarlos a una reunión en nuestras oficinas... el próximo viernes 3 de marzo de 2017 a las 2:00 pm.**" (Folios 429 y 430).
80. El día 2 de marzo de 2017 **CORA S.A.S.** mediante oficio **CE-2041-2017** (Folios 431 y 432) dirigido al Ing. **JUAN CARLOS LOZANO** Administrador del contrato le da respuesta al oficio **MECL-006-17** y en el resalta la crisis financiera por la que ésta atravesando **LA CONTRATISTA**, los principios que deben prevalecer en las relaciones comerciales, especialmente en los contratos, la inviabilidad de continuar con la ejecución del mismo en las condiciones en que se encuentra, la necesidad de buscarle soluciones alternativas para los contratantes y, los riesgos que entrañan sostener ese estado no solo para **LA CONTRATISTA** sino para terceros.

81. Efectivamente el día viernes 3 de marzo de 2017 incluido el suscrito, nos trasladamos el Gerente **JONATHAN SIERVO**, el Ing. **OSCAR ARBOLEDA NARANJO**, la auxiliar de ingeniería **YERALHDIN MARTINEZ** y nos reunimos con el administrador del contrato **JUAN CARLOS LOZANO**, el Interventor **FREDY HERRERA**, el Ing. **RICARDO CRISTO** y el Dr. **JUAN CAMILO PINZON** a quienes **CORA S.A.S.** les pidió analizar las propuestas presentadas en el oficio **CE-2034-2017** del 16 de febrero de 2017 (Folios 426 a 428), habiendo obtenido por respuesta que se analizaran estrategias pero que se cumpliera el contrato, tal como se demostrará con los **testimonios que para ello se pedirán**.
82. No obstante lo anterior, el día 10 de marzo de 2017 mediante oficio **CE-2043-17 CORA S.A.S.** (Folios 433 a 435) le envía a **MANSAROVAR** y al Ing. **JUAN CARLOS LOZANO** Administrador del contrato el documento que denominó **"CONTRATO MOR172-16. PROPUESTAS PARA CONTINUACION DE ACTIVIDADES"**, en el que efectivamente **LA CONTRATANTE** manifiesta su intención de continuar cumpliendo el contrato y para ello presenta las respectivas propuestas contenidas en cinco (5) puntos.
83. **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** jamás respondió las propuestas presentadas por **CORA S.A.S.** en torno a la suspensión y análisis de las causas que originaron la crisis financiera del contrato y el consecuencial desequilibrio económico que le sobrevino a **LA CONTRATISTA** por causas atribuibles a aquella.
84. Con fecha 6 de abril de 2017 y mediante oficio **000423** (Folios 436 a 442), recibido por **CORA S.A.S.** el día 7 de abril hogaño **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** en un extenso documento que se anexa a esta demanda, decide declarar el incumplimiento del contrato, endilgándole responsabilidad a **CORA** porque **"...la propuesta presentada por ellos no incluía aspectos de relevancia técnica y económica que ahora, en la ejecución de actividades, han visto necesarias incluir."** (Inciso 2º folio 3/7).
85. En el oficio mencionado en el numeral anterior **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA** le advierte a **CORA** **"Por último y en razón de todo lo anterior se hace expresa citación a CORA para que dentro de los quince (15) calendario posteriores a la notificación del presente escrito se ponga en contacto con el administrador del contrato en referencia, delegado por MANSAROVAR ENERGY, para que se surta conjuntamente el trámite relativo a la liquidación del mismo. Se advierte, de cualquier forma que, si dentro del plazo preestablecido no se llegare a suscribir el acta de finalización y liquidación del contrato, MANSAROVAR, como contratante**

facultado para tal fin efectuará la liquidación del contrato en mención de manera unilateral.”.

86. Previa convocatoria verbal del Ing. **JUAN CARLOS LOZANO**, nos volvimos a reunir en las oficinas de **MANSAROVAR** en Bogotá el día 2 de mayo de 2017 y después de discutir una serie de asuntos relativos al contrato que fueron divididos entre contractuales y extracontractuales, se levantó un acta y se imprimió, pero por orden directa del Dr. **JUAN CAMILO PINZON** no se firmó, con el argumento de que lo que debía hacerse era un acta de no liquidación, sin justificación fáctica ni explicación alguna.
87. Efectivamente se imprimió y pre firmó por parte de **MANSAROVAR** el acta en mención, pero la misma no se firmó por parte de **CORA** por cuanto no contemplaba las causas y explicaciones que debía contener y reflejar en coherencia con los aspectos fácticos y financieros de cada una de las partes en torno al contrato **MOR-172-16**, acta ésta que reposa en poder de **LA CONTRATANTE**.
88. El contrato **MOR-172-16** suscrito entre **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** y **CORA S.A.S.** es de carácter indeterminado que contiene unos precios unitarios liquidables por cantidades de obra efectivamente ejecutada, del que hacen parte unos anexos que contienen obligaciones generales y específicas para su ejecución.
89. En el **ANEXO A** de dicho contrato no se incluyeron todas las labores o actividades a realizar dejándose por fuera algunas que eran de su naturaleza y necesarias para el objeto contractual, por omisión involuntaria o por su carácter indeterminado.
90. **CORA S.A.S.** tuvo que realizar labores o actividades de esta naturaleza para poder cumplir con el objeto del contrato, tales como construcción de vías de acceso (Rampa); búsqueda de puntos de georeferenciación para amarre ante la desaparición de algunos; adecuación de terrenos para ingreso de maquinaria, equipos y personal (Se incluye rocería y excavación en seco); trabajos de contención de aguas por falta de estudios estratigráficos de suelos e hídricos; transporte de compuertas para mantenimiento a sitio diverso donde se encontraban, etc..

91. *Estos trabajos o actividades no contemplados en el contrato ni en el **ANEXO A**, que eran de la naturaleza del contrato **MOR-172-16** y necesarios para su objeto provocaron una grave crisis financiera a **CORA S.A.S.** y un alarmante desequilibrio contractual.*
92. *Todas las anteriores actividades trajeron como consecuencia costos no presupuestados en la propuesta ni en el contrato, que **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** tiene que pagar porque eran necesarios para el cumplimiento de su objeto y correspondían a su misma naturaleza y, porque a nadie le está permitido enriquecerse sin causa con el consecuencial empobrecimiento del otro.*
93. *Durante toda la ejecución del contrato y hasta el momento de la suspensión, en los sitios de trabajo estuvo presente el Interventor del mismo designado por **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**, Ing. **FREDY HERRERA**, quien en ningún momento objetó la ejecución de estos trabajos ni pidió su suspensión.*
94. *Ocasionalmente la obra era visitada por los administradores de **MANSAROVAR** Ings. **EDGAR TORRES** y **JUAN CARLOS LOZANO** quienes tampoco manifestaron oposición alguna a la ejecución de estas labores por parte de **CORA S.A.S.***
95. *La empresa **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** incumplió el contrato **MOR-172-16** suscrito con **CORA S.A.S.** el día 15 de noviembre de 2016, violando lo plasmado en el art. 871 del C.Co. e incurriendo en mora en las obligaciones a su cargo, por las siguientes razones:*
- a. *No entregó a **CORA S.A.S.** los estudios estratigráficos e hidrológicos de suelos que permitieran presupuestar objetivamente tanto la excavación en zona seca como en zona húmeda para construir la estructura en concreto que soportaría las compuertas objeto de contrato, lo que le ocasionó sobrecostos a **LA CONTRATISTA**.*
 - b. *No entregó a **CORA S.A.S.** la totalidad de los puntos de amarre que determinarían con exactitud el lugar de excavación y construcción de la estructura en concreto que soportaría las compuertas objeto de contrato, lo que le ocasionó sobrecostos a **LA CONTRATISTA**.*
 - c. *Se negó a pagar los costos de traslado de las compuertas para mantenimiento que fueron transportadas a los talleres de **CORA** donde comparecería el*

constructor a dar las indicaciones para ello, con el argumento de que éste no había comparecido a tal fin.

- d. Se negó a pagar la suma de **\$157.444.521** que fueron presupuestados por **CORA S.A.S.** en el acta de **INFORME DIARIO** el 30 de enero de 2017, enviada al Interventor **FREDY HERRERA**, con el argumento de que solo se habían ejecutado **\$90.349.290** de dicho presupuesto, tal como se demuestra con el correo del 3 de febrero de 2017 firmado por el Ing. **EDGAR TORRES** (Folio 454).*
 - e. Se ha negado a pagar los trabajos ejecutados por **CORA S.A.S.** que aunque no se encuentran especificados en el **ANEXO A** del contrato, son de su naturaleza y absolutamente necesarios para su objeto, según la descripción y cuantificación que de ella se hizo en estos **HECHOS**.*
 - f. De manera reiterada se negó a buscarle una salida concertada a la crisis financiera que por su no pago o reconocimiento económico de la ejecución de las aludidas labores, ocasionó a **CORA S.A.S.**.*
- 96. Como ya se ha dejado expresado en esta demanda, **CORA S.A.S.** ha invertido en la ejecución del contrato **MOR-172-16** la suma de **\$521.217.294**, lo cual se prueba con la **"INFORMACION FINANCIERA DEL CONTRATO MOR-172-16"** que del mismo se presenta como anexo de esta demanda, certificado por el Revisor Fiscal **NESTOR WILSON BETANCOURT ARROYAVE** y, con las pruebas documentales que lo soportan (Folios 577 a 698).*
- 97. A la fecha de presentación de esta demanda, **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** no ha pagado un solo peso por la ejecución de los trabajos realizados por **CORA S.A.S.** en desarrollo del contrato **MOR-172-16**.*
- 98. Esa mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y a las que correspondan a su propia naturaleza atribuible a **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** en su condición de **CONTRATANTE**, privó a **CORA S.A.S.** de obtener una utilidad que previamente se encontraba pactada en el contrato que fue de **\$127.435.452** (Folio 62).*
- 99. En la **CLAUSULA DECIMA NOVENA** del contrato **MOR-172-16** suscrito el día 15 de noviembre de 2016 entre **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LT.** Y **CORA S.A.S.** se pactó que **"Cualquier desacuerdo o controversia derivado de, o relacionado con el presente contrato, se resolverá por un Tribunal***

de Arbitramento, que estará compuesto por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo por las partes. Si estas no llegaren a un acuerdo en el nombramiento de los árbitros, estos serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá previa solicitud presentada por las partes.”.

100. *En varias oportunidades, tal como está demostrado con el cruce de correspondencia vertida entre **CORA S.A.S.** y **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** (Folios 414 a 453) se requirió a **MANSAROVAR** para que en caso de no llegar a un acuerdo en torno a los hechos que originaron la controversia, se procediera a la designación de árbitros de común acuerdo, sin que esto se haya logrado”.*

16. Excepciones propuestas por la parte Convocada.

En el escrito de contestación de la demanda, la parte Convocada propuso como excepciones de fondo:

1. De la presunta imposición del Contrato – Inexistencia de Contrato de Adhesión.
2. El contrato es ley para las partes: Artículo 1602 del Código Civil.
3. Una de las partes no puede crear obligaciones a su antojo y en contravía del acuerdo contractual.
4. Excepción de contrato no cumplido – exceptio non adimpleti contractus.
5. Inexistencia de incumplimiento contractual imputable a MANSAROVAR.
6. El incumplimiento de CORA de sus obligaciones contractuales le impide reclamar los presuntos perjuicios que dice haber sufrido. Abandono total del Contrato por parte de CORA.
7. Aplicación del principio venire contra Factum proprium.
8. Excepción fundada en el principio “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”.
9. Los riesgos de la actividad que desarrolló CORA son de su cargo.
10. Ausencia de buena fe exenta de culpa por parte de la Demandante.

11. Ausencia de enriquecimiento sin causa.
12. No aptitud (inutilidad) de las actividades realizadas por CORA respecto del objeto del Contrato.
13. Compensación.
14. La actuación surtida por mi representada está ajustada a derecho.
15. Cumplimiento de las obligaciones contractuales que le correspondían a MANSAROVAR.
15. Indebida interpretación del Contrato por parte de la sociedad demandante.
16. Inexistencia de los perjuicios reclamados.
17. Ausencia de legitimación en la causa por pasiva.
18. Ausencia de legitimación en la causa por activa.
19. Contractualmente la parte demandante no puede pretender los daños y perjuicios que ahora reclama. Concepción y alcance del Contrato MOR 172-16.
20. Inexistencia de causa jurídica para responsabilizar civilmente a mi representada y consecuencialmente reclamar indemnización por perjuicios.
21. Excepción genérica.

17. Pretensiones de la Demanda de reconvención.

En la demanda de reconvención fueron formuladas las siguientes pretensiones:

"

PRIMERA: Que se declare que entre **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD** y **CORA S.A.S.** fue celebrado el Contrato MOR -172-16 Obras civiles para la instalación de las compuertas del Campo Moriche para prevenir inundaciones el 15 de noviembre de 2016 ("Contrato").

SEGUNDA: Que se declare que, de conformidad con la cláusula primera del Contrato, **CORA S.A.S.** estaba obligada a de manera oportuna y diligente, en forma independiente, con personal propio, obrando con plena autonomía a prestar el servicio

de construcción de obras civiles para la instalación de las compuertas del Campo Moriche para prevenir inundaciones.

TERCERA: *Que se declare que **CORA S.A.S.**, incumplió todas, algunas o alguna de las obligaciones del Contrato, en la forma y términos precisados en los hechos de esta demanda de reconvención.*

CUARTA: *Que se declare que **CORA S.A.S.**, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, es responsable de todos los daños y perjuicios causados a **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.***

QUINTA: *Que se declare que en razón de los incumplimientos contractuales de **CORA S.A.S.**, deberá pagar a **MANSAROVAR COLOMBIA LTD**, la suma de **DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRSCIENTOS (sic) CUARENTA Y SIETE PESOS (COP\$247.576.347)**, o la menor o mayor cantidad que quede establecida en el proceso, por concepto de los costos que ha tenido que pagar MANSAROVAR para mitigar y reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del Contratista.*

SEXTA: *Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a **CORA S.A.S.**, a pagar a **MANSAROVAR COLOMBIA LTD** dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del Laudo o el plazo que indique el Tribunal, la suma de **DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRSCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (COP\$247.576.347)**, o la menor o mayor cantidad que quede probada en este proceso, por concepto de los costos que ha tenido que pagar MANSAROVAR para mitigar y reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del Contratista.*

SÉPTIMA: *Que se condene a **CORA S.A.S.** a pagar a **MANSAROVAR ENERGY LTD**, los intereses comerciales moratorios sobre las sumas de dinero que finalmente reconozca el Tribunal por concepto de las pretensiones de condena anteriores a la tasa máxima legal permitida, desde que dichas sumas sean exigibles y hasta que su pago se realice.*

OCTAVA: *Que se declare que, si a ello hubiere lugar porque las pretensiones de la demanda principal resultan resueltas favorablemente, total o parcialmente, se reconozca y declare la compensación entre las sumas aquí reconocidas y las que lo fueren de la demanda principal, en la forma y términos que finalmente aparezcan debidamente demostradas y reconocidas.*

NOVENA: *Que se condene a **CORA S.A.S.** a pagar las costas y gastos de este proceso arbitral”.*

18. Hechos de la demanda de reconvención.

Los hechos que sirven de fundamento a la demanda de reconvención son los siguientes:

”

1. *Con el objetivo de controlar las aguas de los Campos Moriche y Abarco, ubicados en jurisdicción del municipio de Puerto Boyacá, MANSAROVAR decidió instalar unas compuertas en los canales Abarco, Guajira, Ejército, y Norte 7. Las obras estaban previstas para realizarse en los meses de diciembre de 2016 a abril de 2017, meses que coinciden con la época de verano en la región.*
2. *Atendiendo el compromiso de MANSAROVAR con la comunidad, se buscaba que contratistas de la región, es decir, empresas y personas locales, realizaran las obras con el fin de generar oportunidades, empleo y de estrechar vínculos con la comunidad.*
3. *De acuerdo con lo anterior, el día 6 de septiembre de 2016 MANSAROVAR envió a diferentes potenciales contratistas, entre ellos CORA, una invitación para participar en el proceso de licitación para la construcción de obras civiles para la instalación de compuertas en los Campos Moriche y Abarco.*
4. *Toda la información relevante del proceso de licitación estuvo a disposición de los interesados en la plataforma Intelcost, esto es, (i) los Términos de Referencia, [Anexo 1] (ii) los Formatos de Cotización, [Anexo 24] (iii) el Pliego de Condiciones, [Anexo 2] (iv) las Especificaciones Técnicas [Anexo 3] y, (v) los Planos [Anexo 4].*
5. *Mediante correo electrónico de fecha 12 de septiembre de 2016 CORA manifestó su interés de participar en el proceso de licitación y el 16 de septiembre de 2016 ratificó su intención de participar en el mismo.*
6. *Dentro del proceso de licitación, el día 8 de septiembre de 2016, se realizó una reunión informativa y una visita de campo con los interesados en participar del proceso de licitación. Ese día, el ingeniero de MANSAROVAR Edgar Torres, les explicó el alcance del contrato y las obras y absolvió todas las dudas y comentarios de los interesados, y guió la visita a los puntos donde se realizarían las obras. Durante el recorrido, teniendo en cuenta que ya estaba oscureciendo y que los interesados manifestaron que ya habían visto lo necesario, por pedido de los interesados no se visitó el punto Norte 7. A esta visita asistió por parte de CORA el señor Jonathan Sánchez, de lo cual da cuenta la planilla de asistencia. [Anexo 6].*
7. *Se llama la atención de los Señores Árbitros que de acuerdo con el numeral 2.2.4. de los Términos de Referencia, era responsabilidad del oferente verificar las*

condiciones del terrero, sus aspectos geológicos, geotécnicos, y meteorológicas, vías de acceso y otros factores que pudieran afectar el desarrollo de los trabajos, pues con base en esas condiciones debía ofertar:

"2.2.4. CONDICIONES DEL ÁREA DE LOS TRABAJOS.

El OFERENTE deberá verificar las condiciones del terreno, sus aspectos geológicos, geotécnicos y meteorológicos, vías de acceso, disponibilidad de mano de obra, medios de comunicación, facilidades de comunicación y otros factores que puedan afectar el desarrollo de los trabajos. EL OFERENTE *verificará igualmente, los recursos humanos disponibles en la región, la maquinaria, equipo, herramientas, materiales, transporte etc., **pues con base en todas estas consideraciones deberá formular su oferta.*** *En consecuencia, en la "Carta de Presentación" de la oferta especificada en el contenido del evento donde se adjunta el modelo, **EL OFERENTE*** **declarará que conoce las condiciones físicas, socioeconómicas y políticas de las zonas en donde se desarrollarán los trabajos y que los han tenido en cuenta en su oferta. Adicionalmente en esta carta deberá colocar las desviaciones que tenga de los términos, en caso contrario se dan por aceptados cada uno de ellos".** [Anexo 1] (Subrayado y negrita como énfasis).

8. *En este mismo sentido, es importante mencionar que desde la etapa precontractual se estableció que el Contratista debía investigar y complementar la información necesaria para definir las vías de acceso y las facilidades de transporte para y en la obra:*

"1.2. FACILIDADES DE TRANSPORTE Y ACCESO.

El acceso para los Campos Moriche y Abarco, es por la vía nacional, y queda en cercanía al Municipio de Puerto Boyacá.

Se aclara que los datos sobre facilidades de transporte y acceso, se suministrarán a manera informativa y solo constituyen una guía para el Contratista, quien deberá investigar y complementar la información que se requiera para la adecuada ejecución de los trabajos".

9. *Igualmente, el numeral 1 de los Términos de Referencia establecía con claridad el alcance de la contratación de las obras, estableciendo que comprendía todo lo estipulado en los Términos de referencia, Pliego de Condiciones y la Oferta*

presentada por el interesado, en el entendido de incluir todo para recibir las obras en perfecto funcionamiento en el lugar y tiempos acordado:

"1. ALCANCE DE LA CONTRATACIÓN O SERVICIO

El alcance de la contratación o servicio comprende, además de cuanto se detalla en la misma, todo lo que se ha estipulado en los términos de referencia o pliegos de condiciones de la respectiva petición de oferta y de conformidad con la propuesta presentada por el contratista y aceptada por Mansarovar Energy, además de todo aquello que sea necesario hasta la entrega final del suministro (bien, servicio u obra ejecutada), incluida la instalación, el montaje y las pruebas que se hayan requerido hasta recibirlo en el lugar y término acordado, en condiciones de utilización y perfecto funcionamiento."

10. *En este mismo sentido, el numeral 2.1.6 de los Términos de Referencia establecía que el Contratista debía cumplir con el alcance total del Contrato, y que las cantidades de obra a ejecutar representaban un estimado, por lo que podría darse que las cantidades realmente ejecutadas fueran mayores o menores a las presupuestadas, sin que eso diera lugar a reclamaciones por parte del Contratista:*

"2.1.6. CANTIDADES ESTIMADAS

El Contratista deberá cumplir con el alcance total de los trabajos. Será obligación y responsabilidad de los OFERENTES el verificar las cantidades de servicios estimadas suministradas por MECL las cuales sólo constituyen un indicativo de los trabajos a realizar. Por lo anterior, las cantidades finales realmente ejecutadas pueden ser menores o mayores a las inicialmente estimadas en el presente proceso de contratación, sin que esto sea causa de reclamación alguna por parte del CONTRATISTA.

MECL no garantiza un mínimo de ejecución de trabajos por lo que el CONTRATISTA renuncia a cualquier reclamación por este concepto".

11. *Durante la licitación, los interesados en el proceso de selección enviaron sus preguntas y comentarios MANSAROVAR, quien las contestó todas y las puso a disposición de los interesados en la plataforma Intelcost. Durante este proceso CORA presentó el 14 de septiembre una solicitud de aclaración a cierto punto. [Anexo 5].*
12. *El 19 de septiembre de 2016 se cumplía el plazo para que los interesados enviaran sus propuestas.*

13. *Ese mismo día, 19 de septiembre de 2016, CORA presentó su oferta. [Anexo 7]. La oferta fue presentada JONATHAN RAUL SIERVO PEÑA, quien manifestó:*

"En el evento en que me sea adjudicado el proceso de contratación, me comprometo a cumplir con el contrato correspondiente, a suscribir las garantías del caso, y a cumplir con todas las obligaciones señaladas en los términos de Invitación a Oferta.

Declaro igualmente:

- 1. Que he revisado cuidadosamente las Especificaciones y Condiciones de los Términos de Invitación a Ofertar, aceptando todos los requisitos contenidos en el mismo.***
- 2. Que conozco el objeto del servicio y sus condiciones específicas, considerándolos en mi Oferta.***
(...)
***7. Que la propuesta está de acuerdo con el pliego de condiciones y demás documentos de la licitación".** (Subrayado y negrita como énfasis).*

14. *El 15 de noviembre de 2016, MANSAROVAR y CORA suscribieron el Contrato MOR-72- 16 ("Contrato"). [Anexo 8.1]. De acuerdo con la cláusula vigésima segunda del Contrato, formaban parte integral del mismo la oferta de CORA y todos los documentos precontractuales:*

"VIGÉSIMA SEGUNDA. DOCUMENTOS CONTRACTUALES.

EL CONTRATISTA ejecutará los trabajos objeto de este Contrato, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en los siguientes documentos, los cuales forman parte integrante del presente Contrato:

- El Contrato y sus anexos ("A" TARIFAS, "B" OBLIGACIONES ESPECIALES, "C" GARANTÍAS Y SEGUROS, "D" HSE, "E" CONFLICTO DE INTERESES).*
- La oferta de EL CONTRATISTA fechada el 19 de septiembre de 2016.*
- El pliego de condiciones y sus Anexos.*
- Adendas a los pliegos de condiciones y sus anexos.*

- *La correspondencia aclaratoria entre las partes antes, durante y después del proceso licitatorio.*
- *Actas suscritas entre las partes en desarrollo del contrato.*
- *Documentos aprobados en el desarrollo del contrato”.*

15. *De acuerdo con la cláusula primera del Contrato, su objeto es la construcción de unas obras civiles para la instalación de unas compuertas en Campo Moriche para prevenir inundaciones:*

"PRIMERA-OBJETO.

*EL CONTRATISTA, de manera oportuna y diligente, de forma independiente, con personal propio, obrando con plena autonomía administrativa técnica, directiva y financiera, se obliga a favor de LA EMPRESA, a prestar el SERVICIO DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS CIVILES PARA LA INSTALACIÓN DE LAS COMPUERTAS DEL CAMPO MORICHE PARA PREVENIR INUNDACIONES de acuerdo con las normas vigentes, las disposiciones legales y las disposiciones que LA EMPRESA establezca en materia de Salud Ocupacional, Seguridad Industrial, y Medio Ambiente, la propuesta de referencia en la fecha diecinueve (19) septiembre de 2016 presentada por EL CONTRATISTA y el presente Contrato y sus Anexos, que forman parte integrante del presente Contrato. **PARÁGRAFO.** Las partes dejan claro su entendimiento, y así lo acuerdan, que el presente contrato no genera exclusividad alguna en favor del CONTRATISTA, por lo que la EMPRESA podrá contratar con terceros trabajos o servicios iguales, sin que esto se constituya en perjuicio alguno para el CONTRATISTA”.*

16. *En los términos de la cláusula segunda, el Contrato era de cuantía indeterminada, y el valor final el Contrato se calcularía con base en los precios unitarios ofertados por el Contratista, de acuerdo con los trabajos realmente ejecutados y recibidos a satisfacción por MANSAROVAR:*

"SEGUNDA- PRECIOS Y VALOR.

2.1. Este contrato es de cuantía indeterminada y su valor final será el que resulte de multiplicar los precios o tarifas unitarias, por el valor de los trabajos o servicios realmente ejecutados y recibidos a satisfacción por la EMPRESA. Sin perjuicio de lo anterior, y para los efectos de la expedición de pólizas, su valor estimado es la suma de DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL

QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS COLOMBIANOS (COP\$2.951.335.579), CON IVA INCLUIDO. El valor de los servicios ejecutados serán pagados de acuerdo con las tarifas establecidas en el Anexo "A"

PARAGRAFO. -Las cantidades de obra o servicio indicadas en el Anexo "A" de tarifas son estimadas y no garantizan un mínimo de ejecución del Contrato, ni establecen un máximo.

17. *De acuerdo con la cláusula segunda del Contrato, las tarifas ofertadas por el Contratista y contenidas en el Anexo A, eran tarifas todo costo, es decir, que incluían todos los costos que pudieren afectar la tarifa:*

"2.1. Las tarifas del Contrato son todo costo y se mantendrán fijas e inmodificables durante la vigencia del mismo, por lo que el CONTRATISTA declara que las tarifas incluyen todos los costos relativos a mano de obra (salarios, prestaciones, beneficios, dotaciones, EPP, costos relativos al cambio de año, etc.), insumos, equipos, transportes, imprevistos, administración y utilidad del CONTRATISTA, en fin todos y cada uno de los costos que pueden afectar sus tarifas".

18. *Igualmente, la cláusula segunda disponía que, para trabajos adicionales, los precios también serían los del Anexo A:*

"2.3. Las tarifas o precios para los trabajos adicionales que llegaren a requerirse para la ejecución del presente Contrato, son los fijados en el Anexo "A", presentados por EL CONTRATISTA para este Contrato".

19. *En este sentido, el numeral 2.1.7 de los Términos de Referencia establecía que eran trabajos adicionales los no previstos en el contrato, pero que en todo caso sólo podrían ejecutarse previa suscripción de un Otrosí para el efecto:*

"2.1.7. TRABAJOS ADICIONALES

Son trabajos adicionales aquellos que no hayan sido previstos en el contrato pero que a juicio de MECL, se hacen necesarios, útiles o convenientes para la mejor ejecución del objeto del contrato o para complementar los trabajos contratados. Los trabajos adicionales solo podrán ejecutar cuando se haya suscrito el respectivo Otro sí al Contrato Principal. MECL podrá contratar los trabajos adicionales con el CONTRATISTA principal o con un tercero, según convenga a sus intereses".

20. *Con respecto a la forma de pago, la cláusula tercera del contrato establecía que el Contratista debe presentar facturas con el lleno de los requisitos establecidos para el efecto, y que el pago se realizaría de acuerdo con las Actas Parciales según el avance de obra. Así las cosas, el pago se haría según el avance obra, respaldado por la respectiva Acta:*

"TERCERA. FORMA DE PAGO.

3.1. La facturación deberá ser presentada con el lleno de los siguientes requisitos:

(...)

3.1.8. Se realizarán pagos de acuerdo a las Actas Parciales según el avance de obra".

21. *En el mismo sentido, el numeral 2.1.2.2. de los Términos de Referencia establecía que los pagos se realizarían con posterioridad a la presentación a satisfacción de la facturación, y que cualquier excepción a este procedimiento debía estar plenamente justificada y acordada por las partes:*

"2.1.2.2. TÉRMINO DE PAGO

El pago se realizará a los 30 días posteriores a la presentación a entera satisfacción de los servicios y de la facturación por parte del CONTRATISTA. Cualquier excepción a esta política debe estar plenamente justificada y acordada por las partes.

22. *Adicionalmente, el numeral 3.2.6.1. de los Términos de Referencia establecía claramente que en este Contrato no habría lugar al reajuste de precios:*

"3.2.6.1. CLAUSULA DE REAJUSTE DE PRECIOS.

Para este servicio no habrá reajuste de precios".

23. *Conforme con la cláusula cuarta del Contrato, éste tendría una duración de 120 días contados a partir de la fecha de firma del Acta de Inicio de obras.*

"CUARTA. PLAZO Y TERMINACIÓN.

4.1. El presente Contrato tendrá una duración de ciento veinte (120) días, contados a partir de la fecha de la firma del Acta de Inicio”.

24. Dentro de las obligaciones asumidas por el Contratista, además de las ya reseñadas en hechos anteriores, estaba la de tener personal idóneo para la ejecución de los trabajos durante toda la obra, personal que debía cumplir con los requerimientos y procedimientos de seguridad:

*"2.1.5 **MANO DE OBRA.** Es obligación del CONTRATISTA suministrar y mantener durante la ejecución de los trabajos y hasta la entrega total de los mismo a satisfacción de MECL, todo el personal idóneo y calificado de directivos, profesionales, técnicos, administrativos y obreros que se requieran”.*

25. El día 27 de diciembre de 2016 se firmó el Acta de Inicio. [Anexo 8.6]

26. Atendiendo a lo dispuesto en la cláusula decima octava del Contrato, MANSAROVAR nombró al señor Freddy Herrera Céspedes como interventor (en adelante "Interventoría" o "Interventor").

27. Los retrasos producto de la improvisación y falta de capacidad técnica del Contratista se presentaron desde el principio de la obra. Así, a tan sólo tres semanas de haberse iniciado las obras, mediante correo electrónico de fecha 18 de enero de 2017, el Interventor debió llamarle la atención a CORA sobre los retrasos que ya presentaba la obra. Igualmente, debió hacer énfasis en la necesidad de presentar planes y procedimientos de trabajo adecuados para la llegada al sitio de las obras. [Anexo 12.5]

28. Las deficiencias técnicas y constructivas del Contratista fueron evidentes desde un principio, con graves y notorias consecuencias en la ruta crítica de la obra. Pese a que CORA declaró en su Oferta tener suficiente experiencia en obras como la contratada, lo cierto que es su comportamiento y decisiones en obra mostraron todo lo contrario.

29. Así, para efectos de las actividades en la compuerta Norte 7, CORA decidió desviar el cauce de las aguas en el sentido del flujo margen izquierda. Esta decisión desde el punto de vista técnico era completamente errada pues las obras presentarían un deterioro acelerado por el paso del equipo y la maquinaria pesada. Al percatarse de la situación, CORA decidió modificar el flujo del agua a la orilla opuesta. Esto ocasionó que la estructura, que ya estaba afectada, al ser reubicada,

colapsara parcialmente. Por supuesto, este evento ocasionó numerosos reprocesos y graves retrasos.

- 30. Ante el impase anteriormente descrito, prueba fehaciente de la falta de experiencia y conocimientos técnicos del ingeniero residente, y en vista de las pésimas decisiones administrativas y técnicas sobre el manejo de aguas, aspecto fundamental para la construcción de las obras, mediante comunicación con fecha 1 de febrero de 2017, MANSAROVAR le solicitó a CORA el reemplazo del Ingeniero Residente. [Anexo 15.1]*
- 31. Los retrasos del Contratista eran evidentes. En reunión de seguimiento de obra, con fecha 24 de enero de 2017, la Interventoría le pidió expresamente a CORA presentar un plan de acción que le permitiera mitigar los retrasos sufridos hasta esa fecha. Igualmente, en el acta de la reunión consta la solicitud del Interventor al Contratista de presentar el procedimiento constructivo de cada una de las compuertas, detallando los controles para el paso de agua. Las falencias técnicas en el proceso constructivo de CORA eran palmarias. Por eso, en dicha reunión la Interventoría también le pidió al Contratista presentar con anticipación alternativas para mejorar la ejecución de las obras tales como el manejo de aguas, entibado y fundición en secciones. [Anexo 10]*
- 32. A un mes de haber iniciado las obras, las obras presentaban un retraso generalizado que que (sic) impactaba la ruta crítica. Así mismo, la improvisación y cambios constantes en las decisiones del Contratista eran notorias. Para esa fecha, había retrasos considerables en Norte 7, Guajira y Ejército. Por eso, mediante correo electrónico con fecha 26 de enero de 2017, nuevamente, la Interventoría le pidió al Contratista tomar los correctivos necesarios para reducir y mitigar el atraso presentando, principalmente, por la decisión de cambiar el plan para el manejo de aguas en Norte 7. [Anexo 12.7]*
- 33. Además de las evidentes falencias técnicas y constructivas del Contratista, CORA también presentó incumplimientos con respecto a las normas de HSE. Fueron varias las oportunidades en las que los trabajadores del Contratista no cumplieron con los procedimientos de acreditación y seguridad para el trabajo en campo, en contravía directa de lo señalado contractualmente. De esto da cuenta, entre otros, la comunicación con fecha 27 de enero de 2017, en la que MANSAROVAR llamó la atención de CORA sobre el incumplimiento de las normas de HSE al estar el señor Fernando Páez en el área de trabajo sin haber cumplido con los requisitos de seguridad para el efecto. [Anexo 15.12]*

34. *Los retrasos e incumplimientos del Contratista continuaron pese a los constantes llamados de atención de la Interventoría, al punto que en el acta de la reunión con fecha 31 de enero de 2017, consta que los retrasos en algunos frentes ya eran de 3 semanas. En la mencionada reunión el Interventor volvió a llamar la atención de CORA con respecto a la necesidad de una mejor planeación de las actividades de soporte y dirección y de un plan de acción realmente efectivo. Nótese Señores Árbitros, que un mes después de iniciadas las obras, el Interventor sigue llamando la atención sobre la ausencia de los procedimientos constructivos de los sitios a intervenir. [Anexo 10]*
35. *A pesar de los llamados de atención y solicitudes del Interventor, y de los compromisos manifestados por CORA que quedaron plasmados en las diferentes actas de reunión para intentar superar sus falencias técnicas y constructivas, lo cierto es que los retrasos eran la constante de las obras. Mediante correo electrónico con fecha 1 de febrero de 2017, el Interventor llamó la atención sobre el retraso en la actividad de pilotaje, y la urgencia de adelantar dichos trabajos para garantizar la estabilidad del talud y la transitabilidad de los equipos. [Anexo 12.8].*
36. *En las diversas reuniones de obra, CORA siempre decía que se comprometería a tomar medidas para mitigar sus retrasos y acatar las observaciones del Interventor. Sin embargo, dichos compromisos fueron constantemente incumplidos también.*
37. *El Interventor del Contrato le informó a MANSAROVAR, vía correo electrónico del 3 de febrero de 2017, que en la visita a obra realizada ese día notó que CORA había iniciado el proceso de desmantelamiento de las obras y desmovilización de trabajos y personal de los puntos de trabajo. [Anexo 12.9].*
38. *Ese mismo día, mediante comunicación del viernes 3 de febrero de 2017, CORA le solicitó a MANSAROVAR la suspensión del Contrato invocando situaciones adversas que provocaron una inviabilidad constructiva que les generó sobrecostos. A juicio de CORA, la inviabilidad constructiva se dio por las condiciones del terrero, "que no fueron evidenciadas durante la visita de obra". Según el Contratista, éste presentó la oferta considerando "condiciones ideales de construcción". [Anexo 15.2]*
39. *Nótese Señores Árbitros que en la comunicación referida en el hecho anterior, CORA declaró que conocía que el terrero en donde se iban a desarrollar los trabajos estaba bajo el lecho de la quebrada. Esto significa por supuesto, presencia*

de aguas superficiales y subterráneas en el área. Sin embargo, CORA también manifestó que "nunca se llegó a pensar que la estratigrafía del suelo era tan compleja para usar entibados metálicos especiales y sistemas de conducción de las aguas superficiales que se salen de todo el marco contractual".

- 40. Lo que CORA denominó "suspensión" no fue más que un abandono inconsulto e injustificado de las obras y desmantelamiento de los sitios de trabajo. Quedará demostrado en este proceso que la mentada suspensión no es más que un eufemismo utilizado por CORA para su incumplimiento contractual y conducta reprochable, pues en lugar de honrar sus obligaciones contractuales, desmanteló los sitios de trabajo y abandonó, sin más, las obras contratadas.*
- 41. Ante el abandono de las obras por parte de CORA informado por el Interventor, y la supuesta solicitud de suspensión del Contrato, representantes de las dos partes se reunieron el día lunes 6 de febrero de 2017 (día hábil siguiente a la recepción de la comunicación y las noticias de lo sucedido en campo) en las oficinas de MANSAROVAR en Bogotá para discutir la situación del Contrato.*
- 42. Dada la situación que se estaba presentando en campo, el Interventor consignó en un correo electrónico con fecha 6 de febrero de 2017 que CORA no estaba cumpliendo con el protocolo para salir del área de las obras. Igualmente mencionó que no se había efectuado la medición de las obras antes del desmantelamiento de las mismas por partes del Contratista y que por tanto, a esa fecha, no había como determinar la cantidad de obras realizadas. [Anexo 12.10]*
- 43. Mediante comunicación con fecha martes 7 de febrero de 2017 (cinco días después de la solicitud de suspensión del Contrato, y un día después de la reunión entre las partes), CORA solicitó la terminación anticipada del Contrato, con el fin de evitar mayores incrementos en los costos que estaba presentando. Argumentó dicha solicitud en que los problemas constructivos que tuvo se originaron en su falta de conocimiento sobre las condiciones del terrero en las que se ejecutarían las obras, toda vez que en la visita de campo no se recorrieron todos los puntos, que no había contado con los estudios de suelos, el estudio hidrológico, el análisis estratigráfico del terreno y el esquema de diseños de entibado o tablestacado. [Anexo 15.3]*
- 44. A pesar de todos sus incumplimientos contractuales, de haberse retirado de los sitios de trabajo y haber cesado todas las obras de forma arbitraria, en esa misma comunicación el Contratista le manifestó en tono amenazante a mi representada que "En el evento que MECL no acepte nuestra petición, desde ya manifestamos*

que suspendemos unilateralmente la ejecución del contrato, y en consecuencia, pedimos que realice la liquidación en las condiciones que este se encuentre” y, continuó, acusando a MANSAROVAR de estarse enriqueciendo a su costa, manifestando que “un vínculo contractual no puede ser fuente de enriquecimiento de una parte en detrimento de la otra y su consecuencial empobrecimiento”.

45. *CORA terminó su comunicación no solo estableciendo un término perentorio para que MANSAROVAR aceptara sus requerimientos, sino también amenazando con la suspensión de actividades (a sabiendas que ya había iniciado el abandono de las obras desde el 3 de febrero de 2017). Los términos pertinentes de la comunicación son los siguientes: “Si la empresa dentro del término de cinco días hábiles siguientes al recibido de esta comunicación, no ha aceptado nuestra propuesta, desde ya informamos que suspenderemos las actividades relacionadas con dicho contrato”.*
46. *El 8 de febrero MANSAROVAR respondió a CORA su comunicación, manifestando su preocupación por el grave incumplimiento del Contrato, por la suspensión casi total de las actividades sin justificación ni autorización, y expresando que esta situación sólo llevaría a mayores retrasos de los que ya presentaban en la ejecución de las obras. [Anexo 15.4]*
47. *En este mismo sentido, y mediante comunicación con fecha 9 de febrero de 2017 MANSAROVAR llamó la atención al Contratista sobre la suspensión absoluta de las actividades a la fecha, y el desmantelamiento y abandono total de las obras. Mi representara entonces instó al Contratista a la normalización de las actividades, so pena del incumplimiento del Contrato. [Anexo 15.5]*
48. *Mediante comunicación con fecha 16 de febrero de 2016, CORA manifestó que la “situación crítica de carácter económico, que ha hecho inviable continuar con el desarrollo del contrato”. Por lo mismo, ante la solicitud de mi representada de retomar las actividades, el Contratista afirmó que era necesario revisar las causas que la llevaron a la situación económica (invocando los principios de justicia y equidad), y acusó nuevamente a MANSAROVAR de enriquecimiento con el Contrato. Por lo mismo, solicitó renegociar el Contrato, y manifestó que, de no acogerse esta solicitud, procedería a activar el mecanismo del arbitraje. [Anexo 15.6]*
49. *MANSAROVAR respondió el 28 de febrero informando que no encontraba justificación ni en los argumentos ni en la conducta del Contratista y reiteró la*

importancia de reiniciar las actividades. Adicionalmente, convocó nuevamente a una reunión entre las partes. [Anexo 15.7]

50. *El 2 de marzo CORA manifestó no entender los argumentos de MANSAROVAR para considerar injustificada la terminación del Contrato. [Anexo 15.8]*
51. *El 3 de marzo de 2017 se llevó a cabo una reunión entre los representantes de CORA y MANSAROVAR en la que se discutieron las posiciones de las partes. Al final de la reunión se acordó que CORA presentaría unas opciones viables que permitieran un acuerdo entre las partes sobre la situación con el Contrato, y así se consignó en el acta. [Anexo 17]*
52. *Así las cosas, el 10 de marzo de 2017 CORA presentó una comunicación en la que consagró todas sus condiciones y supuestos bajo los cuales continuarían con el Contrato, esto es: (i) con el pago a precios comerciales de las actividades que argumentaban como adicionales; (ii) el pago de todas las labores y obras supuestamente realizadas a la fecha; y (iii) el de todos los costos de maquinaria y equipo que se causaron desde el momento de la suspensión del Contrato y hasta su reiniciación. Se llama la atención de los Señores Árbitros en que CORA no propuso ningún plan ni alternativa para superar sus claras deficiencias técnicas y administrativas que precisamente lo llevaron al incumplimiento grave, reiterado y total del Contrato. [Anexo 15.9]*
53. *Ante la posición de CORA, MANSAROVAR no tuvo otra alternativa que declarar el incumplimiento del Contrato mediante comunicación con fecha 6 de abril de 2017. [Anexo 15.10]*
54. *El 21 de abril de 2017 CORA respondió aduciendo que el Contrato debería ser terminado, pero por incumplimiento de MANSAROVAR en el pago de unas supuestas obras, con las que mi representada se estaba enriqueciendo. [Anexo 15.11]*
55. *De acuerdo con lo anteriormente expuesto, CORA incumplió de manera grave y total el Contrato con mi representada y el Contratista, al punto de, sin previo aviso y sin autorización, abandonar las obras y dismantelar las pocas actividades realizadas.*
56. *El incumplimiento del Contrato por parte de CORA se dio por su propia omisión y falta de diligencia. CORA incumplió su obligación de tener en cuenta todos los aspectos técnicos relevantes para la presentación de la oferta. Igualmente*

incumplió su declaración y compromiso de tener la experiencia y conocimiento necesario para adelantar este tipo de obras. En este mismo sentido, CORA tampoco observó sus compromisos de tener personal idóneo y capacitado para la ejecución de Contrato.

57. *Las falencias técnicas y de personal de CORA tuvieron como consecuencia continuos reprocesos producto de malas decisiones, y ello a su vez produjo retrasos en el plan de obras y generó mayores costos. Lo anterior, aunado a la pésima administración financiera del Contrato.*

58. *Lo anterior, está consignado en el Informe de Gestión del Interventor, con fecha febrero 24 de 2017 Anexo [14.1], en el que manifiesta que:*

"Desde su inicio previo a la firma del acta de inicio, se observa falencias sobre el conocimiento del proyecto, tales como:

-Manejo de aguas (No se contempla dentro de su PDT, inicial, siendo esta una actividad muy importante para este tipo de obras.

-Tiempos y costos de los mismos.

-Personal con la Experticia, cuando presentaban las Hojas de vida, no evaluaban la experticia de la persona, y simplemente se limitaban a enviar la hoja de vida para que nosotros la evaluáramos, no había un filtro, que garantizara la calidad y experticia del personal.

-Durante el desarrollo del proyecto se evidenció la falta de coordinación del residente y de los trabajos, a pesar de informarle al mismo de la importancia de su gestión como residente. (Uso de retroexcavadora, para descargar de acero en Norte 7 ocasionando pérdida de tiempo), manejo en los frentes de trabajo.

-No se cumplía con los compromisos registrados en las actas de reunión de obra, especialmente los procedimientos constructivos, pues en obra no se evidenciaba la coordinación con los supervisores de Obra.

-Se evidenció poco compromiso de la dirección de obra y estaba delegada en el gerente de CORA, como consta en los correos generados por el contratista, la mayoría de ellos venían dirigidos por el gerente, siendo el director de obra quien debería dirigir dichos correos.

-A la interventoría se informa verbalmente a mediados de enero que debido a inconvenientes personales, están buscando otro Director de obra.

-Se evidencia la falta de experticia en este tipo de obras, del residente y por ello se solicita su reemplazo.

-Hasta el día 9 de febrero, es decir más de un mes, se mostró a la interventoría la Bitácora de obra”.

59. *Producto del incumplimiento del Contratista, y del abandono de las obras, MANSAROVAR ha sufrido graves perjuicios por los daños físicos producidos en Campo Moriche como consecuencia del abandono de las obras por parte de CORA, así como por el tiempo perdido y los recursos invertidos en el trámite de la licitación y la adjudicación del Contrato.*
60. *De acuerdo con lo anterior, MANSAROVAR ha tenido que asumir los costos de ciertas actividades y obras para mitigar, de un lado, y reparar, de otro lado, los daños anteriormente mencionados. Así, MANSAROVAR se vio obligada a contratar un importante movimiento de tierras para hacer un dique provisional que le permitiera de alguna manera manejar las aguas y evitar inundaciones en la época de lluvias y al mismo tiempo tuvo que reparar los daños sufridos en predios del Ejército como consecuencia de las obras abandonadas por CORA.*
61. *Así las cosas, MANSAROVAR se ha visto obligado a contratar obras con la empresa J.E. Multiservicios SAS por valor de COP\$247.576.347, de lo cual dan cuenta las facturas 3549, 3640, 3665 y 3680. [Anexos 20, 21, 22 y 23]*
62. *MANSAROVAR me ha conferido poder amplio y suficiente para actuar en este asunto, tanto para contestar la demanda como para presentar esta demanda de reconvención, y adelantar todas las gestiones necesarias con el fin de procurar la defensa de los derechos que les asisten con ocasión del incumplimiento de CORA de las obligaciones nacidas del Contrato entre las partes.”*

20. La defensa contenida en la contestación de la demanda de reconvención.

Si bien en la contestación de la demanda de reconvención no se incluyen expresamente un acápite de excepciones de mérito. Sí se plantea que existe una indebida acumulación de pretensiones, en especial respecto de la pretensión de compensación formulada en la contrademanda.

21. Las Pretensiones del Llamamiento en garantía.

El llamamiento en garantía formulado por la parte Convocada, pretende lo siguiente:
"**PRIMERA.** *Que se declare que de conformidad con la Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. CU081790 expedida por*

COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. -SEGUROS CONFIANZA S.A.- en su condición de Aseguradora, MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. es Asegurado y Beneficiario bajo el amparo de Cumplimiento del Contrato¹ hasta por la suma de doscientos noventa y cinco millones ciento treinta y tres mil quinientos cincuenta y ocho pesos (COP \$295.133.558).

SEGUNDA. *Que se declare que COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - SEGUROS CONFIANZA S.A.- está obligada a reconocer y pagar a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. de conformidad con lo pactado en la Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares NO. CU081790, todas las sumas de dinero a las que resulte condenado CORA S.A.S. como consecuencia de su incumplimiento contractual, hasta por la suma de doscientos noventa y cinco millones ciento treinta y tres mil quinientos cincuenta y ocho pesos (COP\$295.133.558).*

TERCERA. *Que se condena a COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - SEGUROS CONFIANZA S.A.- a pagar a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del Laudo todas las sumas de dinero a las que resulte condenado CORA S.A.S. como consecuencia de su incumplimiento contractual, hasta por la suma de doscientos noventa y cinco millones ciento treinta y tres mil quinientos cincuenta y ocho pesos (COP\$295.133.558).*

CUARTA. *Que se condene a COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. -SEGUROS CONFIANZA S.A.- a pagar a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. los intereses comerciales moratorios sobre las sumas que finalmente reconozca el Tribunal por concepto de la anterior pretensión de condena a la tasa máxima legal permitida, desde que dicha suma se haga exigible y hasta que su pago se realice”.*

22. Los hechos que fundan el Llamamiento en Garantía.

La Convocante, en el llamamiento en garantía fundó el mismo en lo siguiente hechos:
”

- 1. MANSAROVAR y CORA S.A.S. (en adelante "CORA") celebraron el Contrato MOR 172-16 el 15 de noviembre de 2016 ("Contrato").*
- 2. El objeto del Contrato era la construcción de obras civiles para la instalación de las compuertas del Campo Moriche para prevenir inundaciones.*
- 3. De acuerdo con la Cláusula primera del Contrato:*

¹ Contrato MOR-172-16 obras civiles para la instalación de las compuertas del Campo Moriche para prevenir inundaciones.

"EL CONTRATISTA, de manera oportuna y diligente, en forma independiente, con personal propio, obrando con plena autonomía administrativa, técnica, directiva y financiera, se obliga en favor de LA EMPRESA, a prestar el SERVICIO DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS CIVILES PARA LA INSTALACIÓN DE LAS COMPUERTAS DEL CAMPO MORICHE PARA PREVENIR INUNDACIONES de acuerdo con las normas vigentes, las disposiciones legales y las disposiciones que LA EMPRESA establezca en materia de Salud Ocupacional, Seguridad Industrial y Medio ambiente (sic), la propuesta de referencia de fecha diecinueve (19) de septiembre de 2016 presentada por EL CONTRATISTA y el presente Contrato y sus Anexos, que forman parte integrante del presente Contrato."

4. *De acuerdo con la sección "PÓLIZAS DE SEGUROS" del Anexo C "GARANTÍAS Y SEGUROS" del Contrato:*

"(...)

- 1. Las pólizas exigidas en este anexo serán obtenidas por EL CONTRATISTA con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia y aceptable a juicio de LA EMPRESA, antes de la fecha de inicio del contrato.*

(...)

EL CONTRATISTA conoce y acepta que LA EMPRESA tiene contratada una póliza de seguro de cumplimiento especialmente diseñada para garantizar el cumplimiento general de las obligaciones derivadas de los contratos que son de cargo del CONTRATISTA, denominada POLIZA (sic) MATRIZ DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO PARA OBLIGACIONES EN FAVOR DE LA EMPRESA. Respecto de esta póliza, LA EMPRESA ostentará la calidad de tomador, asegurado y beneficiario; EL CONTRATISTA ostentará la calidad de garantizado. En su calidad de tomador, LA EMPRESA ha designado a AON COLOMBIA S.A. CORREDORES DE SEGUROS como corredor de seguros de dicha póliza.

Los amparos de las vigencias y los valores asegurados de dicha póliza serán los que a continuación aparecen macados con una X:

*X a) AMPARO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO: Cubre los perjuicios causados directamente por el incumplimiento imputable al CONTRATISTA de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. El valor asegurado es el 10% del valor del contrato. La vigencia de este amparo es equivalente al término de duración del contrato y tres (3) meses más.
(...)”*

- 5. Para dar cumplimiento a la obligación con respecto a los seguros, CORA constituyó la Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. CU081790 expedida por COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. -SEGUROS CONFIANZA S.A.- (la "Póliza"), la cual tiene una vigencia desde el 15 de noviembre de 2016 al 15 de junio del 2017. Esta póliza ampara el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del Contrato para el servicio de construcción de obras civiles para la instalación de las compuertas del Campo Moriche para prevenir inundaciones.*
- 6. Durante la ejecución del Contrato CORA incumplió gravemente sus obligaciones, tal y como se describe tanto en la contestación de la demanda arbitral como en la demanda de reconvención presentadas por MANSAROVAR, documentos a los que me remito en honor a la brevedad.*
- 7. MANSAROVAR, debido al grave incumplimiento del Contratista, tuvo que asumir obras provisionales para prevenir inundaciones en Campo Moriche. Así mismo, durante la ejecución del Contrato CORA ocasionó una serie de daños en el Campo Ejército, todo lo cual implicó sufragar una serie de gastos que MANSAROVAR tuvo que asumir.*
- 8. MANSAROVAR dio aviso del siniestro de incumplimiento a la Aseguradora en tiempo y con el lleno de los requisitos legales.*
- 9. Hasta la fecha de presentación de este llamamiento en garantía la Aseguradora no ha reconocido suma alguna de dinero a MANSAROVAR por concepto de los amparos otorgados.*
- 10. El amparo de cumplimiento del Contrato tiene vigencia desde el 15 de noviembre de 2016 al 15 de junio de 2017, por un valor asegurado de doscientos noventa y cinco millones ciento treinta y tres mil quinientos cincuenta y ocho pesos (COP\$295.133.558,00).”*

23. Excepciones formuladas por la llamada en garantía.

Fueron formuladas las siguientes pretensiones comunes:

-Respecto de la demanda principal y la demanda en reconvención:

1. Existencia de obligaciones ejecutadas por la firma contratista.
2. Existencia de actividades que excedieron lo propuesto por el contratista dentro del alcance del contrato.
3. Existencia de supervisión e interventoría del contrato.
4. Compensación.

-Respecto del llamamiento en garantía:

1. Necesidad de acreditar los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio para afectar la Póliza de Cumplimiento expedida por Confianza S.A.
2. La póliza de cumplimiento únicamente cubren perjuicios directos.
3. Improcedencia de afectación de afectación de la garantía en el evento de probarse la fuerza mayor o el caso fortuito.
4. Límite de valor asegurado para el amparo de cumplimiento que constituye el límite de responsabilidad de la aseguradora.
5. La aseguradora cuenta con el término de 1 mes para el pago de una eventual indemnización.

24. Audiencia de laudo.

La audiencia de laudo se fijó, mediante auto, para el día 16 de julio de 2018.

II. PRESUPUESTOS PROCESALES.

Para efectos de la emisión del Laudo se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, esto es, si se cuenta con los requisitos indispensables de validez del proceso que permitan proferir una decisión de fondo.

Al respecto el Tribunal encuentra que tales presupuestos están cumplidos. En efecto, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. Igualmente, cada parte actuó por conducto de su apoderado reconocido en el proceso.

En Auto proferido en la Primera Audiencia de Trámite, - Acta No. 6 de la audiencia de

7 de febrero de 2018-, el Tribunal advirtió que había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado; que la cláusula compromisoria que da lugar a este proceso se encontraba ajustada a derecho y está contenida dentro del contrato objeto de controversia; señaló que se trata de una controversia sobre asuntos claramente disponibles y que, en consecuencia, sin perjuicio de lo que se decidiera en el Laudo, el Tribunal tenía, y aún conserva, competencia para tramitar y decidir el litigio.

De otro lado, la Demanda reúne las exigencias necesarias para que se pueda decidir de fondo y de manera definitiva el conflicto planteado, pues satisface plenamente los requisitos formales previstos en los artículos 82 y siguientes del C.G.P. En ella se hizo una acumulación de pretensiones que no contraviene las normas aplicables, por lo que por este aspecto el Tribunal Arbitral está habilitado para pronunciarse sobre las mismas, cumpliéndose, por tanto, con ello el requisito de la Demanda en forma.

La parte Convocada dentro de la oportunidad legal presentó demanda de reconvencción que, por ajustarse a las previsiones de ley, fue admitida y replicada por la convocante; dada la conexidad evidente entre las pretensiones iniciales y las propuestas en la demanda de mutua petición, es igualmente predicable la jurisdicción y competencia del Tribunal para su conocimiento y decisión. En línea con lo anterior, la parte Convocada y demandante en reconvencción llamó en garantía a la compañía aseguradora SEGUROS CONFIANZA S.A., impetrando condicionalmente el reembolso de aquellas sumas que dentro del marco del contrato de seguro y atendido el contenido del laudo correspondan a su cargo.

Igualmente, el proceso se adelantó con observancia de las normas procesales pertinentes, sin que se observe causal de nulidad que lo afecte, tal y como fue convalidado por las partes en la audiencia de alegatos.

Del anterior recuento se infiere que la relación procesal se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento del trámite no se configura defecto alguno que pueda invalidar, en todo o en parte, la actuación surtida, o que no se hubiere saneado, o que imponga al Tribunal la necesidad de dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 137 del C.G.P., por lo cual resulta procedente decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las Partes.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

I. MARCO OBJETIVO DEL LAUDO. CONGRUENCIA

En orden a fijar la posición del Tribunal sobre el punto bajo consideración, es menester indicar de manera inicial que sobre los hechos debatidos en el proceso y su valoración probatoria se ocupará en los capítulos posteriores, razón por la cual se limitará a clarificar para efectos del laudo aquellos aspectos a que han aludido las partes en diversos momentos de su intervención.

Es verdad averiguada en materia procesal civil que la demanda, como acto jurídico procesal, declarativo, introductorio y con el cual se materializa el ejercicio del derecho de acción, genera desde su presentación efectos jurídicos de índole procesal, como también sustanciales; para el punto bajo examen, es preciso recordar que por contener la demanda las pretensiones del actor, entendidas como aquellas consecuencias jurídicas a la que se quiere sujetar al demandado por virtud de la sentencia que se persigue, como también los hechos que se invocan en su sustento, se impone al actor la carga de la prueba para su demostración **–onus probandi incumbit actore–**.

En suma, la demanda señala el marco del ejercicio del poder jurisdiccional del juez, por ello, la sentencia no podrá desbordar ni omitir el contenido pretensional objetivo de la demanda, como tampoco variar el soporte fáctico invocado.

Sentado lo anterior, es claro que admitida la demanda y vinculado el extremo pasivo en debida forma, surgen para éste las cargas procesales que como parte demandada le corresponden en el marco de la ley; desde luego que el demandado es convocado bajo los términos de la demanda, que no otros, y, que, si además de referirse expresamente a los hechos de la demanda trae hechos nuevos que busquen enervar las pretensiones, de manera total o parcial, ya temporal o definitivamente, tendrá la carga de su demostración – **reus in excipiendo fit actor–**.

En el mismo orden de ideas, y como quiera que la demandada reconviente llamó en garantía a la aseguradora, SEGUROS CONFIANZA S.A., es preciso indicar que sin perjuicio de las eventuales razones que en el marco del contrato del seguro le eximan de responsabilidad, su suerte está enlazada a la prosperidad de las pretensiones de la reconvención y la consiguiente responsabilidad de la demandante, hechos fundantes del reembolso en su caso.

En la génesis lógica de la sentencia la cuestión de hecho y de derecho debe fijarse primero respecto de la pretensión y luego de la excepción, porque si los elementos de aquella, - admisibilidad y fundabilidad-, no resultan reunidos, necesariamente se impone la absolución del demandado, **actor non probandi reus absolvitur**, solamente cuando aparezca fundada la pretensión procederá el juez a examinar las excepciones.

Como quiera que en sentido estricto los hechos que configuran las excepciones de fondo son ciertamente modificativos o extintivos de las pretensiones, se habla hoy en día de excepciones propias y de excepciones genéricas. Entre las primeras, que necesariamente han de ser alegadas, se encuentran la prescripción, la compensación y la nulidad sustancial relativa, atendida su especial naturaleza sustantiva; a contrario, las genéricas, alegadas o no por el demandado, han de encontrarse demostradas por el juez y así reconocidas en el fallo respectivo. Desde luego que no es dable a las partes alegar hechos nuevos en la etapa conclusiva del proceso como fundamento de las pretensiones, ora de las excepciones. Cosa distinta, es que del acervo probatorio broten demostrados hechos que constituyan excepciones y que, como se dijo, aunque no se hayan alegado expresamente por la demandada o la demandante reconvenida, la ley permita al juez considerarlas de oficio.

La Corte ha enseñado que: ***"No se presenta el vicio de inconsonancia en los casos en que el sentenciador se halla facultado por la ley para pronunciarse de oficio sobre ciertos extremos de la controversia, pues en tal hipótesis, aunque el demandante o el demandado no los hayan sometido expresamente a su decisión, se hallan incluidos en la relación procesal por mandato del legislador, y en consecuencia, saben las partes, desde el momento en que aquella se constituyó, que tales cuestiones son objeto del debate. Tal acontece v.gr., con las excepciones perentorias que el juez puede declarar de oficio, (...). (CXXXIII, 58)"***.

II. CONSIDERACIONES GENERALES. El Contrato y la Controversia.

No solo el carácter eminentemente contractual del presente litigio en razón de la materia a la que se refieren los antecedentes, hechos y circunstancias que dieron lugar a él, sino, ante todo, la obligada cuidadosa determinación del derecho que debe aplicarse a su decisión, hacen necesario comenzar por la precisión de la naturaleza, las características y los alcances definitorios del contrato.

Bajo el principio cardinal de la autonomía de voluntad que gobierna el campo del derecho privado encontramos que esa voluntad debe tener la virtualidad jurídica, dentro de ciertos límites y condiciones, de fijarse su propia conducta jurídica; entre otras, la de contraer las obligaciones que juzgue convenientes. Dicho principio se materializa en los actos jurídicos que, por definición, son aquellos destinados a producir un efecto jurídico determinado; cuando ese efecto jurídico querido es la creación de obligaciones, arribamos al contrato y al compromiso unilateral, que han

sido aceptados sin discusión como expresión de la fuente voluntaria de las obligaciones dentro del derecho moderno.

De acuerdo con lo previsto en el Código Civil, los principales efectos que surgen del contrato para las partes, son los siguientes:

1. El Contrato es ley para las partes.

Es sabido que dentro del derecho positivo colombiano las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes cuando estos sujetan las estipulaciones a las pautas establecidas por la ley; en otras palabras, cuando sus declaraciones de voluntad no comprometen el conjunto de normas que atañen al orden público y a las buenas costumbres. En estas condiciones el Derecho Civil le concede a los contratos celebrados fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser invalidados sino por el mutuo consentimiento de los contratantes o por causas legales (artículo 1602 del Código Civil). En este orden de ideas, las partes deben adecuar su conducta a lo válidamente estipulado; específicamente, al cumplimiento de las obligaciones asumidas.

No está de más señalar que el respeto que las partes contratantes deben guardar al contrato como entidad autónoma producto de su acuerdo de voluntades, es la demostración del carácter moral que subyace en la regla jurídica prohibitiva de ir contra sus propios actos (***adversus factum suum quis venire non potest***); así las partes someten su comportamiento a las reglas que construyeron como programa de conducta en orden a la satisfacción de sus recíprocos intereses; de ahí, como se dice adelante, que unilateralmente ninguna de las partes puede sustraerse sin justa causa a los efectos del contrato válidamente ajustado.

2. El Contrato es irrevocable unilateralmente.

Así como para la formación del contrato es necesaria la concurrencia de las voluntades, será igualmente necesaria para la revocación del mismo; lo anterior es conocido en nuestro medio como resiliación o mutuo disenso del contrato. De manera unilateral ninguna de las partes puede sustraerse al cumplimiento de las obligaciones surgidas a su cargo por virtud del contrato, a menos que la ley o el mismo contrato lo hayan previsto, como en el caso del mandato (artículo 2190 y 2193 del Código Civil), o el pacto de arras de retracto en la compraventa.

3. Los Contratos deben cumplirse de buena fe.

Tal como lo dispone el artículo 1603 del ordenamiento civil, las partes contratantes deben poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir las obligaciones, ya que el contrato obliga no solamente a lo que en ello se expresa, *"sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella."*

4.- Genera responsabilidad civil contractual para el contratante incumplido.-

Los contratos generan obligaciones, y las obligaciones se contraen para cumplirse. Existe una presunción de culpa en quien no satisface las obligaciones en el modo y tiempo debidos, es decir, según lo establecido en el contrato, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho del otro contratante. Bajo los lineamientos establecidos por el artículo 1604 del Código Civil, la debida diligencia del deudor consiste en realizar el resultado convenido mientras no se haga imposible, y en poner los medios para que la imposibilidad no se presente. Si el resultado querido era realizable y no se realizó, o sí, con cierta diligencia pudo haberse evitado que se hiciera imposible, el deudor es responsable.

Para efectos de la caracterización que interesa a este Tribunal, importa hacer un muy somero bosquejo de algunos de los antecedentes del Contrato y un perfil de sus estipulaciones medulares.

1. La "imposición" de condiciones y estipulaciones contractuales

Este primer aspecto toca con la afirmación varias veces reiterada por CORA desde la demanda, en el sentido de que un buen número de las estipulaciones y de las condiciones contractuales le fueron impuestas por MANSAROVAR, aserto que ésta ha rechazado afirmando que, por el contrario, el contrato fue celebrado libremente por ambas partes.

Sobre el particular, lo que el Tribunal evidencia claramente es que el negocio jurídico en cuestión se celebró, *ab initio*, de modo absolutamente libre por ambos contratantes; que él fue cabal expresión de autonomía de la voluntad privada por parte de los dos extremos de la relación. Baste recordar que en tratándose de la autonomía de la voluntad, como se ha aceptado generalmente, es perfectamente claro distinguir dos momentos trascendentales en la génesis del contrato; uno, denominado de la **conclusión**, esto es la libertad de celebrar o no la convención, y, en caso afirmativo, se hablará de la libertad de **configuración**, que dentro del marco de la ley les permite determinar las reglas bajo las cuales desarrollarán su negocio.

Como lo afirma la convocante, CORA S.A.S., (hecho No. 3 de la demanda), la convocada, MANSAROVAR, le invitó a participar de la licitación privada para contratar la ejecución de unas obras consistentes en la colocación de unas compuertas para controlar el flujo de aguas en los campos petroleros; en virtud de ello, CORA concurrió a la visita previamente dispuesta a los sitios donde debían adelantarse las obras, GUAJIRA, ABARCO, EJERCITO y NORTE 7, último de los cuales no se visitó en esa oportunidad.

Surtida la etapa de visita y en orden a avanzar en el proceso para seleccionar el contratista para la ejecución de las obras, MANSAROVAR puso a consideración de los participantes la documentación técnica de las obras y los planos constructivos de las mismas que, junto con la información requerida por los intervinientes y las aclaraciones ofrecidas, bajo las cuales debían, si así lo consideraban, presentar su oferta para someterla al escrutinio de la contratante. Los hechos 8 a 16 de la demanda, aceptados en lo fundamental por la convocada, dan cuenta de lo aquí afirmado por el Tribunal.

CORA manifestó en 12 de septiembre de 2016 su intención de participar en el proceso licitatorio, y para el efecto remitió comunicación, que acompañó con la demanda, hecho sobre el cual se manifestó ser cierto por la convocada; además, esta decisión fue ratificada en comunicación del 16 siguiente, hecho igualmente aceptado por el extremo pasivo. Así, luego de constituir la póliza de seriedad de la oferta, envió su oferta, -hecho 16 de la demanda aceptado por la convocada-, respecto de la cual MANSAROVAR solicitó algunas precisiones, particularmente algunas al APU (precios unitarios) que fueron respondidos por CORA.

Ahora bien, en palabras de la convocante, CORA,

"19. Agotada esta etapa precontractual MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. adjudicó el contrato a CORA S.A.S. y éste fue firmado por las partes el día 15 de noviembre de 2016 cuyo OBJETO fue la ejecución de "OBRAS CIVILES PARA LA INSTALACIÓN DE LAS COMPUERTAS DEL CAMPO MORICHE PARA PREVENIR INUNDACIONES de acuerdo con las normas vigentes, las disposiciones legales y las disposiciones que LA EMPRESA establezca en materia de Salud Ocupacional, Seguridad Industrial y Medio Ambiente, la propuesta de referencia de fecha diecinueve (19) de septiembre de 2016 presentada por EL CONTRATISTA y el presente Contrato y sus Anexos, que forman parte integrante del presente contrato." (Cláusula PRIMERA-OBJETO del CONTRATO MOR 72-16, folio 161). (negrilla fuera de texto)

Aunque adelante volverá el Tribunal sobre este punto, es menester advertir desde este momento que dentro de los documentos de la oferta presentada por CORA, y a cuyo contenido alude expresamente MANSAROVAR en la contestación de la demanda, se dijo:

"La oferta fue firmada por JONATHAN RAÚL SIERVO PEÑA en su calidad de Representante legal de CORA, quien declaró, entre otras cosas que:

"En el evento que me sea adjudicado el proceso de contratación, me comprometo a cumplir con el contrato correspondiente, a suscribir las garantías del caso y a cumplir con todas las obligaciones señaladas en los Términos de Invitación a Ofertar".

Y declaró, además:

"1. Que he revisado cuidadosamente las Especificaciones y Condiciones de los Términos de Invitación a Ofertar, aceptando todos los requisitos contenidos en el mismo.

2. Que conozco el objeto del servicio y sus condiciones específicas, considerándolos en mi Oferta.

(...)

7. Que la propuesta está de acuerdo con el pliego de condiciones y demás documentos de licitación".

[Anexo 7.1] (negrilla del Tribunal)

Por lo reseñado, en manera alguna podría considerarse que se esté frente a un contrato de adhesión, como tampoco estima el Tribunal que pueda hablarse siquiera de cláusulas de aquellas llamadas abusivas, que *"agravan la posición del adherente respecto de la disciplina legal del contrato"*². En todo caso, aun si las hubiera, o si de las pactadas pudiera predicarse ese carácter, es lo cierto que todas ellas fueron previamente conocidas y expresamente aceptadas por CORA, quien además es, — lo que es particularmente significativo—, según se demostró, reconocido actor de vieja data en ese mundo empresarial, como quiera que con anterioridad y entre las mismas partes han celebrado y concluido contratos para la ejecución de obras, particularmente en la zona de Puerto Boyacá.

Así pues, a juicio del Tribunal, no cabe pensar que cuando CORA conoció y aceptó los términos del contrato propuesto, sus documentos preparatorios y sus anexos, y, por ello, se obligó en la forma en que lo hizo para la ejecución de las obras, era un neófito en esas actividades o en esa zona. Por el contrario, se trataba y se trata de un experimentado conocedor de las unas y de la otra. No sobra señalar que CORA, una

² C. Massimo Bianca *"Derecho Civil. El Contrato"* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

vez celebrado el contrato, “socializó” las obras que emprendería y, para ello, dio a conocer las condiciones de los trabajos para la REUNIÓN CON LAS COMUNIDADES en la publicidad que fue arrimada al proceso en la audiencia del 13 de marzo de 2018, por el testigo JUAN CARLOS LOZANO RODRÍGUEZ, donde a espacio se tratan adicionalmente aquellos aspectos de importancia como requerimiento de personal y proveedores, equipos, tiempo de los trabajos (máximo 60 días calendario) y obras de mitigación y control ambiental.

Por ende, para el Tribunal es evidente, y especialmente relevante en este punto, que se trató de un Contrato entre verdaderos profesionales, con todo lo que tal circunstancia significa y pesa a la hora de la interpretación cabal de sus cláusulas, de la ponderación de sus cargas y de sus beneficios, de la evaluación de su ejecución y de la determinación y el cálculo de las consiguientes responsabilidades. Aquí no hubo pues, y no hay con lo que ello podría significar, una parte débil.

Por lo demás, en parte alguna del expediente aparece el menor rastro de una eventual fuerza que hubiera empleado MANSAROVAR sobre CORA, como “*la presión ejercida sobre una persona, en razón de la cual esta celebra el negocio jurídico*”³. No cabe duda que cada parte contratante asume las cargas que versan sobre la necesidad de satisfacer exigencias de índole positiva que incumben a quien, aspirando a determinado resultado práctico, tiene interés en obtener la eficacia del negocio.

Con su habitual precisión conceptual, HINESTROSA enseña que ***“se entiende por una carga una especie menor del deber, consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogida dentro de varios que excitaban al sujeto. En principio, el particular puede celebrar un negocio o abstenerse de realizarlo, y, en el deseo o necesidad de disponer de sus intereses, puede optar por el medio que mejor convenga a sus intenciones. Pero por el solo hecho de observar una conducta reconocida como dispositiva, el sujeto está asumiendo ciertos riesgos y; por lo mismo, para su propia seguridad y para la obtención cabal de los resultados prácticos a que aspira, está en deber de emplear el medio más apropiado, de ser sagaz, diligente, previsivo, cauto”***.

1.1. El Contrato y las obligaciones del contratista

³ Fernando Hinestrosa, “Tratado de las Obligaciones II” Volumen I. Universidad Externado de Colombia, 2015. Pág. 1063.

El contrato celebrado entre las Partes es un contrato de obra pues dentro de su objeto estaba como actividad principal la ejecución de una serie de obras civiles para prevenir las inundaciones en los campos MORICHE y ABARCO.

Así las cosas, al presente Contrato en lo pertinente le resultan aplicables las normas que regulan el contrato de obra o de confección de obra material, es decir, los artículos 2053 y siguientes del Código Civil Colombiano. La doctrina define el contrato de obra como el *"acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación."*⁴

Bajo la ley colombiana, el contrato de obra se caracteriza por la obligación en cabeza del artífice de la ejecución de una obra material, con independencia, es decir, sin mediar subordinación ni representación, a cambio de un precio⁵. Todos estos elementos esenciales del contrato de obra están expresamente contenidos en el Contrato que nos ocupa; en efecto, bajo el tenor de lo consignado en la cláusula Primera del contrato MOR – 172-16, ***"El contratista, de manera independiente y con total autonomía administrativa, técnica, directiva y financiera..."***, se comprometió a realizar los trabajos bajo la modalidad de "Precios Unitarios" de acuerdo con las tarifas establecidas en el Anexo A, (folio 15 del contrato) a lo que se refiere la Cláusula Segunda del Contrato.

En el Contrato de Obra, el artífice está obligado a la realización de la obra encomendada de acuerdo con las condiciones señaladas en el contrato y dentro del tiempo estipulado. Es decir, la calidad e idoneidad de la obra de acuerdo con las especificaciones encargadas, así como el plazo de ejecución de la misma, son elementos determinantes en la relación contractual. Así, *"si la obra no representa el resultado previsto convencionalmente por las partes, el artífice se coloca en un típico caso de incumplimiento, por lo cual se le concede al dueño o al comitente la facultad de exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios."*⁶

⁴ **Bonivento Fernández, José Alejandro.** Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Librería Ediciones del Profesional, décima edición, Bogotá, página 465. El mismo autor además califica el contrato de obra como consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y nominado.

⁵ **Bonivento Fernández, José Alejandro.** Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Librería Ediciones del Profesional, décima edición, Bogotá, páginas 465 y 466.

⁶ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Librería Ediciones del Profesional, décima edición, Bogotá, página 468.

Así las cosas, la obligación de CORA era una obligación clara, indivisible y de resultado: **"prestar el servicio de construcción de obras civiles para la instalación de las compuertas del campo moriche para prevenir inundaciones"**. Ahora bien, la jurisprudencia arbitral ha dicho lo siguiente sobre las obligaciones en contratos de obra:

*"la obligación de construir una obra, es de resultado. En las obligaciones de resultado o determinadas, la prestación es un opus, el resultado mismo, el deudor se compromete a un determinado y concreto logro constitutivo de su objeto, el cual debe alcanzar y obtener en interés del acreedor(...). A este propósito, la naturaleza bilateral o de prestaciones correlativas, el contrato de obra genera obligaciones recíprocas o para cada parte. Asimismo, la obligación de construir una obra es indivisible. Existen cosas que a pesar que en sus componentes unitarios pueden ejecutarse por partes, sin embargo, por la manera y el modo como han sido estipuladas, funcionalmente son una sola cosa, y se cumplen no con la ejecución de uno o varios de sus segmentos, sino con su totalidad. El **insula fabricare**, como la prestación de construir una obra, o un barco, que por su naturaleza no es indivisible contractu y puede ejecutarse por partes, funcionalmente se estipula íntegra y es indivisible por la forma o manera como las partes la consideran. Es verdad que la construcción no puede hacerse más que por partes, pero no es la ejecución de uno de sus componentes el que constituye el objeto de la obligación, sino la obra total consumada o terminada, el domus construendo (art. 2053 y 2054 del C. C) y no pudiendo haberla sino hasta que esté totalmente construida, su forma y cualidad no resulta de uno de sus segmentos sino de la conclusión íntegra o en conjunto de la obra (DIGESTO, 31.8.1 y 45.8.2)."*⁸ (Subrayado como énfasis)

La anterior cita evidencia que la obligación de CORA era una obligación de resultado (entregar las compuertas en operación), y no, como parece entenderlo el Contratista,

⁷ Cláusula Primera del Contrato.

⁸ Laudo arbitral Tribunal de arbitraje de Unión temporal Aeropuerto El Dorado, Saglas obras y servicios S.A. y Constructora LHS S.A.S. contra COMPAÑÍA DE DESARROLLO AEROPUERTO EL DORADO S.A. CODAD S.A., diciembre 15 de 2015. (Árbitros: Juan Manuel Garrido Díaz, William Namén Vargas y Alejandro Vanegas Franco).

simplemente hacer gestiones dirigidas a intentar entregar las obras contratadas⁹. Así, el propósito del Contrato, su objeto, su finalidad y el interés de MANSAROVAR para contratar, solo quedarían satisfechos con el cumplimiento pleno de las obras contratadas. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia explicó que:

*"Y no obstante los diversos planteamientos que puedan existir en relación con la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado, y, particularmente, sobre los efectos sustanciales y procesales que en relación con dicha clasificación se establecen, no existe mayor dificultad en aceptar que en las obligaciones de resultado, el contenido de la obligación y, por ende, lo que conduce a la satisfacción del interés del acreedor, se concreta en un logro específico, en la obtención de la finalidad prevista, en fin, en una determinada y buscada modificación o alteración de la realidad existente con anterioridad al nacimiento de la relación obligatoria."*¹⁰ (Subrayado como énfasis)

No está de más señalar que, como lo establece el Tribunal en capítulo posterior, bajo el marco aquí definido se examinarán las pretensiones de las demandas principal y de reconvención, y su eventual fundamento de conformidad con los hechos invocados y probados por las partes, sobre las excepciones cuando hubiere lugar a resolver sobre ellas, y, en su caso, se resolverá sobre el llamamiento en garantía.

2. El marco pretensional de la demanda.-

Como se expuso en los antecedentes de este Laudo, las pretensiones de la demanda las enmarcó la actora en los siguientes términos:

"En la sentencia que en derecho corresponda sírvase, señor árbitro hacer las siguientes, semejantes o parecidas declaraciones y condenas:

- 1. Declarar que MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. incurrió en mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y a las de su naturaleza, en abierta violación de lo plasmado en los arts. 230***

⁹ "Dícese que la obligación es de medios cuando el deudor solamente ha de poner estos con la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización no garantiza (...) La obligación es de resultado cuando la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella". Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978. Página 27.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2010. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

de la C.N. y 871 del C.Co. en la ejecución del contrato MOR-172-16 celebrado con CORA S.A.S.

- 2. Como consecuencia de lo anterior declarar resuelto el contrato MOR-172-16.***
- 3. Condenar a la Empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. a pagar a CORA S.A.S. la suma de \$521.217.294 que corresponde a los dineros invertidos por LA CONTRATISTA en la ejecución del contrato MOR-172-16, hasta el día 4 de febrero de 2017, fecha en la que suspendió unilateralmente su ejecución.***
- 4. Condenar a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. a pagar a CORA S.A.S. los intereses moratorios sobre la anterior suma desde el 5 de febrero de 2017 y hasta la fecha en que efectivamente se pague esta suma con fundamento en el art. 884 del C.Co.***
- 5. Condenar a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. a pagar a CORA S.A.S. la suma de \$127.435.452 que corresponde a la utilidad presupuestada en la oferta que determinó la adjudicación del contrato.***
- 6. Condenar a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. a pagar a CORA S.A.S. las costas y agencias en derecho que demande el presente proceso arbitral.”***

Del texto se sigue inobjetablemente que la convocante CORA, impetró la resolución del contrato de obra ajustado entre las partes por el incumplimiento de la convocada, MANSAROVAR, de sus obligaciones contractuales, con las declaraciones consecuenciales que allí se consignaron.

El Tribunal en esta línea de argumentación debe recordar, a pesar de ser un tema harto trajinado a partir de los textos positivos, la doctrina y la jurisprudencia nacional, los elementos estructurales de la denominada acción resolutoria, a lo cual se procede muy esquemáticamente en los siguientes apartes.

- 1.** Inicialmente es del caso anotar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, ya memorado por el Tribunal en

aparte anterior, todo contrato válido es ley para las partes y que solo podrá invalidarse por el mutuo consentimiento de los contratantes (*resciliación o mutuo disenso*) o por causas legales.

2. El artículo 1546 del Código Civil estableció que: **"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado"** y, de ahí, que el otro contratante tenga a su elección solicitar el cumplimiento de las obligaciones, o bien, la resolución del contrato, y en ambos casos con la indemnización de los perjuicios.
3. En el punto, es bien conocida la crítica que se hace al tenor de la norma citada pues resulta evidente que el cumplimiento de las obligaciones que por el contrato asumen las partes, no puede considerarse en manera alguna como una condición ya que esto repugna a la naturaleza misma del contrato; por ello; debe entenderse es que dado el incumplimiento de una de las partes, genera en la otra parte que ha cumplido o se ha allanado a cumplir, la acción resolutoria como medio de aniquilar el contrato, bien con efectos retroactivos – ex –tunc, o, hacia el futuro – ex – nunc -, cuando se trate de los contratos bilaterales de tracto sucesivo, caso en el cual es más propio decir terminación que no resolución.
4. Sobre la procedencia de la acción resolutoria, el siguiente pasaje jurisprudencial lo ilustra:

"Preliminarmente, se debe recordar que la facultad de resolver los contratos por incumplimiento requiere la presencia de varios presupuestos o requisitos que, aunque no generan unanimidad en la doctrina, se han concretado tradicionalmente en la existencia de un contrato bilateral válido, el incumplimiento de uno de los contratantes y el cumplimiento o la disposición a cumplir del otro. Igualmente, se ha indicado que en la institución de que se trata resulta protagónica la figura del incumplimiento, como elemento estructural de esta causa de extinción de los contratos, pues, sobre la base del respeto al principio de normatividad de los negocios jurídicos, se establece una circunstancia excepcional que permite solicitar a la administración de justicia la aniquilación de la relación contractual, consistente en que uno de los contratantes –deudor de determinados deberes de prestación- ha incumplido o desatendido sus compromisos, y dicho

incumplimiento es de tales características que puede dar lugar a que se adopte una solución del mencionado temperamento o rigor. Por lo anterior, cuando se alude al señalado requisito se lo denomina como incumplimiento resolutorio¹¹, por cuanto no toda separación del programa obligacional por parte del deudor habilita a su contraparte para ejercer la mencionada facultad enderezada a que se decrete la extinción del contrato.

Es decir, es bien sabido que la expresión incumplimiento tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor; se alude, igualmente, incluso a nivel legal, a diversas formas de incumplimiento, ya sea total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.)”¹²

5. Dentro del mismo marco jurídico ha de tenerse en cuenta lo prevenido por el artículo 1609 del Código Civil que consagra, por vía de excepción la denominada “***non adimpleti contractus***”, para significar que un contratante no se encuentra en mora de cumplir con su obligación, si la otra parte no ha cumplido; desde luego que esto atañe al cumplimiento anterior o simultáneo que ha de tenerse en cuenta para efectos de dispensar al obligado de su cumplimiento sin que en su respecto pueda predicarse la mora o retardo culpable suyo.
6. No sobra advertir, igualmente, que a la resolución del contrato no puede aspirar la parte que ha dejado de cumplir las obligaciones a su cargo, lo que pugnaría con la buena fe que ha de observarse en el desarrollo contractual como también con el contenido de la regla “***nemo auditur propriam turpitudinem allegans***”, como expresión del principio general.
7. La Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia ha enseñado:

¹¹ Díez Picazo, Luis. Los incumplimientos resolutorios. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005. Clemente Meoro, Mario E. La facultad de resolver los contratos por incumplimiento. Tirant lo blanch. Valencia, 1998. Págs. 237 y ss. Ibáñez, Carlos Miguel. Resolución por incumplimiento. Astrea. Buenos Aires, 2006. Págs. 176 y ss. Dell’Aquila, Enrico. La resolución del contrato bilateral por incumplimiento. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1981. Págs. 170 y ss.

¹² Corte suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia Ref.: 41001-3103-004-1996-09616-01. 18 de diciembre de dos mil nueve (2009).-M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

"Es preciso entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra en situación de incumplimiento jurídicamente relevante, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esta vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien no haya hecho lo propio".¹³

8. En conclusión, y como se dijo en aparte anterior, el incumplimiento de la obligación contractual, como hecho contrario a la ley por vulnerar el derecho e intereses de la otra parte, genera la responsabilidad entendida como la obligación de indemnizar los perjuicios que de él se derivan; el profesor Enrique Barros Bourie; acertadamente observa que:

"La obligación principal que nace de un contrato consiste en cumplir lo convenido, de modo que la obligación indemnizatoria surge sólo una vez que el deudor ha incumplido esa obligación contractual (de primer grado). La responsabilidad contractual es un remedio que el derecho confiere al acreedor para hacer frente al incumplimiento de lo pactado. Así se explica que en materia contractual la acción de responsabilidad complementa o sustituya a la acción que tiene por objeto el cumplimiento en naturaleza de la obligación principal. La obligación indemnizatoria (obligación de segundo grado) tiene precisamente por fundamento y medida el incumplimiento de la obligación principal (o de primer grado). Esta diferencia no es puramente teórica. En efecto, en materia contractual lo determinante es el acuerdo de las partes, al que la ley atribuye efecto obligatorio (artículo 1545). Ese acuerdo contractual determina el alcance de las obligaciones y, subsecuentemente, la responsabilidad que se sigue del incumplimiento."¹⁴

¹³ Corte suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia 023, expediente 5319, 7 de marzo de 2000. M.P. Silvio Fernando Trejos.

¹⁴ Tratado de responsabilidad extracontractual – Enrique Barros Bourie. Editorial jurídica chile 2009 pág. 20.

9. En este orden de ideas, corresponde al Tribunal abordar el estudio de la conducta desplegada por las partes con causa y ocasión del contrato, con el fin de precisar si se encuentran reunidos los presupuestos de la acción resolutoria con apoyo en lo alegado y probado en el presente proceso, a lo cual se procederá en los siguientes apartes.

III. EL DESARROLLO DEL CONTRATO.

HECHOS FUNDAMENTALES PROBADOS.

Resulta necesario, para efectos de la decisión que adelante se adopta, relacionar de manera específica los hechos medulares que de conformidad con el contenido de la demanda, su réplica, los medios de prueba que militan en el expediente, a la par de las consideraciones ofrecidas por las partes, para establecer las premisas que en el marco jurídico atrás señalado determinarán la prosperidad o no de las pretensiones; los hechos que a continuación se relacionan, que se estiman debidamente probados, son aquellos respecto de los cuales no hay discrepancia entre las partes, así:

1. El Contrato de Obra **MOR - 172-16** fue suscrito con fecha 15 de noviembre de 2016 bajo la modalidad de “precios unitarios”, por ello, el valor final del contrato solamente se determinaría atendida la cantidad total de la obra realizada y la tarifa previamente convenida para cada una de las labores contratadas; las tarifas fueron aquellas contenidas en la oferta presentada por **CORA**, y que se encuentran relacionadas en el anexo A del contrato,¹⁵ como parte integrante del mismo.
2. El acta de inicio del contrato se firmó el día 27 de diciembre de 2016. De conformidad con la cláusula **CUARTA** del contrato, la duración sería de 120 días contados a partir de la fecha de la firma del acta mencionada; además, en dicha estipulación se previeron los motivos y condiciones para la terminación unilateral del Contrato.
3. Es claro para el Tribunal que **CORA** de manera autónoma decidió dar inicio a los trabajos en los puntos correspondientes a **NORTE 7 y EJÉRCITO**, dos de los cuatro puntos que comprendía el objeto mismo del contrato. De acuerdo con el plan de trabajo, con fecha del 28 de diciembre de 2016 se dio inicio a las actividades de movilización, actividad prevista en el anexo A del Contrato bajo el ítem 1.1.

¹⁵ Cuaderno de Pruebas Nº 1 folio 16.

4. Por lo que corresponde a **NORTE 7**, según el hecho 41 de la demanda, aceptado por la Convocada, "fue necesario construir vía de acceso, una rampa y realizar trabajo de rocería manualmente". Ha de advertirse que existe discrepancia sobre si estos trabajos estaban o no comprendidos dentro de los ítems previstos, o si por el contrario eran trabajos adicionales para los cuales estaba previsto el mecanismo para su valoración y su reconocimiento.
5. **CORA**, ante las dificultades para el avance de las obras solicitó la "suspensión del contrato", se afirma que de manera verbal el día 31 de enero de 2017 y por escrito el día 3 de febrero siguiente.
6. **CORA**, decidió suspender unilateralmente los trabajos – hecho 67 de la demanda -, y procedió a dismantelar, desmovilizar y recomponer el terreno – hecho 68 de la demanda -.
7. Luego de algunos intentos fallidos para normalizar el desarrollo del contrato, **CORA**, en su demanda (hecho 84) manifestó que:

*"Con fecha 6 de abril de 2017 y mediante oficio **000423** (Folios 436 a 442), recibido por **CORA S.A.S.** el día 7 de abril hogaño **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** en un extenso documento que se anexa a esta demanda, decide declarar el incumplimiento del contrato, endilgándole responsabilidad a **CORA** porque **"...la propuesta presentada por ellos no incluía aspectos de relevancia técnica y económica que ahora, en la ejecución de actividades, han visto necesarias incluir."** (Inciso 2º folio 3/7). (cursiva del Tribunal)*

8. En el hecho siguiente, refiriéndose al contenido de la comunicación en mención, transcribió:

"85. En el oficio mencionado en el numeral anterior MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA le advierte a CORA "Por último y en razón de todo lo anterior se hace expresa citación a CORA para que dentro de los quince (15) calendario posteriores a la notificación del presente escrito se ponga en contacto con el administrador del contrato en referencia, delegado por MANSAROVAR ENERGY, para que se surta conjuntamente el trámite relativo a la liquidación del mismo. Se advierte, de cualquier forma que, si dentro del plazo preestablecido no se llegare a suscribir el acta de finalización y liquidación del

contrato, MANSAROVAR, como contratante facultado para tal fin efectuará la liquidación del contrato en mención de manera unilateral.”. (cursiva y negrilla fuera texto)

9. Frente a esta determinación adoptada por MANSAROVAR, la Convocante, CORA, con fecha 21 de abril dio respuesta mediante comunicación visible a folio 71 del Cuaderno de Pruebas No. 1, en la que luego de aludir a las diversas dificultades surgidas en el desarrollo del contrato, expresamente consignó que: ***“... nos permitimos manifestar que estamos de acuerdo en que se proceda a la liquidación del contrato pero por INCUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPARTE pues el pago de algunas obras adicionales del mismo está sujeto al capricho del poder dominante de MANSAROVAR quien pretende obtener un enriquecimiento sin causa a costa de un empobrecimiento de nuestra empresa,..”***, adelante, en el texto de este documento manifiesta que establecer el incumplimiento de alguna de las partes es privativo del juez del conocimiento, y, que por eso ***“... De todas maneras, le solicitamos a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. se sirva señalarnos, a través de la persona indicada para ello, dónd (sic), cuándo y cómo se realizará la liquidación del contrato para en dicho acto dejar sentada nuestra posición.”***
10. Los hechos aquí relacionados, debidamente probados con documentos provenientes de las partes, auténticos y en cuyo respecto no se ha elevado objeción alguna, serán la base fundamental del análisis que en el capítulo siguiente acomete el Tribunal en orden a resolver sobre las pretensiones de la demanda principal.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL.

Procede el Tribunal a resolver sobre las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta el marco señalado en el apartado **I.** anterior, en que se refirió al marco objetivo del laudo y a la congruencia del mismo, pues es preciso reiterar que el marco pretensional de la demanda, aludido igualmente en el auto en que se asumió la competencia, constituye el ámbito del ejercicio del poder jurisdiccional del Tribunal.

Además, y como quedo consignado en el numeral segundo del análisis que el Tribunal hizo sobre la naturaleza del contrato, y, particularmente, del contenido objetivo de las pretensiones, la parte actora solicita cardinalmente la resolución del contrato materia

de este proceso; empero, al verificar la concurrencia de los presupuestos axiológicos que en la génesis de la sentencia harían admisible la consecuencia jurídica pretendida, esto es, la resolución del contrato, concluye el Tribunal que las pretensiones deben ser desestimadas por las razones que a continuación se exponen:

1. De conformidad con lo estipulado en la cláusula **CUARTA** del contrato¹⁶, se pactó a favor de MANSAROVAR la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato, en dos eventualidades sobrevinientes; la primera, por decisión *ad arbitrium*, a su conveniencia, precedida de un preaviso; y, la segunda, determinada por la ocurrencia de las circunstancias allí enunciadas.
2. El texto del apartado 4.2. reza:

“LA EMPRESA, mediante aviso escrito dirigido al CONTRATISTA con una antelación no menor de quince (15) días calendario, podrá dar por terminado el presente Contrato. Esta forma de terminación unilateral por preaviso se entenderá como justa causa y no dará lugar a pago de indemnización alguna a favor de EL CONTRATISTA. Se le pagara (sic) a EL CONTRATISTA el servicio y los gastos en los que haya incurrido hasta la fecha efectiva de terminación del contrato.”;
Y,

El numeral 4.3 consagró:

“LA EMPRESA podrá dar por terminado el contrato unilateralmente quedando a su favor las indemnizaciones del caso y las acciones que le conceda la ley y se entenderá que EL CONTRATISTA ha incumplido el mismo, en cualquiera de los siguientes eventos:

.....

- i. **Por incumplimiento parcial de EL CONTRATISTA en el desarrollo del objeto a que se refiere este contrato.**

.....”

3. El contenido objetivo de la comunicación enviada por MANSAROVAR a CORA, y que obra a folios 424 a 430 del Cuaderno de Pruebas No. 1., no deja asomo

¹⁶ Folio 59 Cuaderno de Pruebas N°1.

de duda de su intención ya que luego de puntualizar los incumplimientos en el desarrollo de las obras, indicó:

"Como efecto de lo anterior, Mansarovar acudirá a la implementación inmediata del clausulado contractual relativo a la terminación unilateral del contrato en comento, particularmente las ennumeradas 4.3 y subsiguientes, y por supuesto con total sustento en la normativa legal que las soporta." (cursiva y resaltado fuera de texto).

4. Resulta fuera de toda duda, como se dejó sentado en los numerales 7, 8 y 9 del capítulo anterior, que el contrato que vinculó a las partes para la ejecución de las obras se extinguió por la terminación unilateral que MANSAROVAR adoptó y que fuera comunicada a CORA según la comunicación 000423- 06 de abril de 2017, recibida por ésta el 7 de abril siguiente; además, en el mismo documento se le invito para que de común acuerdo se surtiera la liquidación del contrato dentro de los quince (15) días siguientes al recibo de dicha comunicación.
5. Entiende el Tribunal que la facultad unilateral de terminación del contrato, al igual que el resto del clausulado, fue conocida, diseñada y aceptada por las partes como manifestación de la autonomía de su voluntad y, particularmente, en cuanto a la configuración del negocio y su programa contractual.
6. La jurisprudencia ha señalado que la inclusión de las cláusulas que consagran facultades unilaterales no previstas por la ley, como si lo hace en cierta clase de contratos como por ejemplo el mandato, el contrato de seguro y otros, no está prohibida por la ley aunque tengan el carácter excepcional pues, se sustenta en la libertad contractual, y por ello dijo:

"La terminación unilateral del contrato, en cualquiera de sus expresiones, es excepcional, requiere texto legal o contractual expreso, excluye analogía legis o iuris, debe aplicarse e interpretarse estrictamente, y cuando su origen es negocial, las partes en desarrollo de la autonomía privada pueden acordarla sujetas al ordenamiento, (...) sin abuso de índole alguno, en los casos y contratos en los cuales la ley no la prohíba o excluya".¹⁷

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia 30 de Agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas.

7. En la misma línea, Jossierand¹⁸ enseña, a propósito de la disolución de los contratos, que en algunos eventos **"ocurre que la voluntad unilateral basta para rescindir el contrato bien porque la ley lo decide así, (...), bien porque las partes hayan estipulado a este efecto una cláusula especial; está especificado que cada una de ellas, o una sola de ellas, podrá poner fin a la operación en condiciones determinadas o también a voluntad."**
8. Desde luego que esas facultades unilaterales no pueden ser absolutamente potestativas u omnímodas; su ejercicio reclama, a menos que la ley lo haya dispensado, un fundamento razonable en el marco del contrato como emanación de la buena fe y, en su caso, preservando los derechos de la otra parte. La consecuencia principal de la terminación unilateral consiste en evitar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, si este fue el motivo de tal determinación, por el mantenimiento del vínculo contractual.
9. La doctrina ha señalado que: ***"por supuesto, que la resolución privada, no queda exenta de la revisión judicial, en el sentido de que será el juez quien decida la legalidad de la desvinculación, (...). Es decir que la carga del inicio de la acción judicial se invierte y el juez tendrá un control ex post de legalidad y de justeza, es decir, después de la disolución unilateral por una de las partes"***.¹⁹
10. La facultad contractual para terminar unilateralmente el contrato no significa excluir al juez, a quien corresponderá ***"En el análisis posterior que puede hacer sobre la legitimidad del aniquilamiento unilateral del vínculo, es decir, si este operó con el respeto a la buena fe y sin ser abusivo"***.²⁰ Más adelante, el profesor Rengifo García, en punto preciso del control jurisdiccional, expresó: ***"En un juicio por cuestionamiento de la terminación unilateral, es decir, por control judicial ex post, lo primero que hay que probarse es que el contrato fue terminado de manera abusiva o en contra del principio de la buena fe, o que fue"***

¹⁸ Jossierand, Louis. Teoría general de las obligaciones. T.II vol.I . Ediciones jurídicas Europa-América. Bosch Editores. Buenos Aires 1950. pp 275.

¹⁹ Rengifo García, Ernesto. Las facultades unilaterales en la contratación moderna. Editorial Legis. Segunda Edición 2017 Pág. 122.

²⁰ Rengifo García, Ernesto. Las facultades unilaterales en la contratación moderna. Editorial Legis. Segunda Edición 2017 Pág. 152.

anonadado de manera injustificada. Probado esto vendrá, entonces, el resarcimiento. Y este debería comprender en principio el interés negativo”.²¹

- 11.** De lo anterior se desprende la imposibilidad jurídica de proferirse una decisión judicial de la resolución de un contrato que al momento de presentarse la demanda ya se encontraba terminado de manera unilateral por una de las partes; en la línea argumental de lo arriba consignado, lo que ha debido impetrarse en la instancia arbitral es la declaratoria de que dicha terminación unilateral del contrato lo fue a contrapelo de la buena fe y con desmedro de los intereses legítimos de la parte afectada por lo que en ultimas corresponde a una vulneración del contrato, pues si el ejercicio de tal facultad resultare abusivo, atendiendo, en todo caso, el desarrollo que en la práctica las partes le dieron al contrato, y que al resultar contraria a la buena fe dicha terminación unilateral, ésta será la fuente del resarcimiento de los perjuicios bajo los términos y condiciones del contrato.
- 12.** En conclusión, no podrá el Tribunal, sin incurrir en incongruencia, pronunciarse sobre la resolución de un contrato terminado, como tampoco sobre las pretensiones consecuenciales de dicha declaración; como no se ha solicitado dentro del listado de las pretensiones pronunciamiento encaminado a dejar sin efecto la terminación unilateral, resulta vedado al Tribunal adicionar el tema de decisión, ni aun a pretexto de la interpretación judicial de la demanda, pues esto comportaría introducir un objeto jurídico distinto de aquel que le fue propuesto con la demanda y sobre el cual, y solo en su respecto, es procedente la decisión.
- 13.** Por manera que al estar terminada la relación contractual en cuyo respecto se solicita la declaración resolutoria, se echa de menos el presupuesto fundamental de la misma; y, consecuentemente, no habrá lugar a resolver sobre las excepciones de mérito propuestas por la convocada.
- 14.** En razón de lo aquí consignado se desestimarán las pretensiones de la demanda, sin que esto comporte, en manera alguna, la extinción de los derechos que en razón del contrato terminado bajo el marco del contenido literal del mismo puedan corresponder a las partes, bien sea porque se torne

²¹ Rengifo García, Ernesto. Las facultades unilaterales en la contratación moderna. Editorial Legis. Segunda Edición 2017 Pág. 160.

en ineficaz el acto jurídico de la terminación, o bien dentro de la etapa de liquidación correspondiente.

V. DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

En escrito oportunamente presentado, MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. formuló demanda de reconvencción frente a CORA S.A.S., cuyo petitum fue enunciado y propuesto como se copia:

"De conformidad con los hechos anteriormente narrados le solicito al Tribunal se sirva hacer las siguientes Declaraciones y Condenas:

PRIMERA: Que se declare que entre MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD y CORA SAS fue celebrado el Contrato MOR-172-16 Obras Civiles para la instalación de las compuertas del Campo Moriche para prevenir inundaciones el 15 de noviembre de 2016 ("Contrato")

SEGUNDA: Que se declare, de conformidad con la cláusula primera del Contrato, CORA SAS estaba obligada a de manera oportuna y diligente, en forma independiente, con personal propio, obrando con plena autonomía a prestar el servicio de construcción de obras civiles para la instalación de las compuertas del Campo Moriche para prevenir inundaciones.

TERCERA: Que se declare que CORA SAS incumplió todas, alguna o algunas de las obligaciones del contrato, en la forma y términos precisados en los hechos de esta demanda de reconvencción.

CUARTA: Que se declare que CORA SAS, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, es responsable de todos los daños y perjuicios causados a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD

QUINTA: Que se declare que en razón de los incumplimientos contractuales de CORA SAS deberá pagar a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$ 247.675.347), o la menor o mayor cantidad que quede establecida en el proceso, por concepto de los costos que ha tenido que pagar MANSAROVAR para mitigar y reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del Contratista.

SEXTA: Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a CORA SAS, a pagar a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD dentro de los cinco días siguientes a al ejecutoria del Laudo o el plazo que indique el Tribunal, la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$ 247.675.347), o la menor o mayor cantidad que quede probada en este proceso, por concepto de los costos que ha tenido que pagar MANSAROVAR para mitigar y reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del Contratista.

SEPTIMA: Que se condene a CORA SAS a pagar a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, los intereses comerciales moratorios sobre las sumas de dinero que finalmente reconozca el tribunal por concepto de las pretensiones de condena anteriores a la tasa máxima legal permitida, desde que dichas sumas sea exigibles y hasta que el pago se realice.

OCTAVA: Que se declare que, si a ello hubiere lugar porque las pretensiones de la demanda principal resultan favorablemente, total o parcialmente, se reconozca y declare la compensación entre las sumas reconocidas y las que lo fueran de la demanda principal, en la forma y términos que finalmente aparezcan debidamente demostradas y reconocidas.

NOVENA: Que se condene a CORA SAS a pagar las costas y gastos de este proceso arbitral”

La demandante en mutua petición solicita que el Tribunal haga una serie de declaraciones que tienen un nexo de causa u origen con la declaración de incumplimiento de las obligaciones de CORA, y como consecuencia de ésta, que es premisa necesaria, eleva la petición indemnizatoria de perjuicios los cuales concreta en "los costos que ha tenido que pagar MANSAROVAR para mitigar y reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del Contratista”.

La que se ejercitó por MANSAROVAR en la demanda de reconvención no es la acción contemplada en el artículo 1546 del Código Civil, puesto que no hay pretensión de resolución ni de cumplimiento del contrato, sino que a partir del incumplimiento de CORA se endereza la pretensión indemnizatoria.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN EJERCITADA

En ese sentido, entonces, el Tribunal debe despejar la duda que se cierne sobre la posibilidad o imposibilidad legal de demandar la responsabilidad contractual por

perjuicios a causa del incumplimiento de una de las partes, como **pretensión autónoma**, tal como en el presente caso sucede, o si la reparación del daño fatalmente tiene que estar vinculada a la acción derivada del acaecimiento de la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del Código Civil; esto es, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato por incumplimiento, en uno u otro evento con indemnización de perjuicios.

Es menester, a juicio del Tribunal, hacer referencia a algunos aspectos fundamentales que a la luz de las normas positivas gobiernan la responsabilidad del deudor que no ha satisfecho la obligación, que no ha pagado en la forma y tiempo debidos en un todo de acuerdo con el contenido literal de la obligación, en manera que le libere de su responsabilidad; como punto de partida, encontramos que a voces del artículo 1613 del Código Civil la indemnización de perjuicios proviene de la inejecución de la obligación, o bien del cumplimiento imperfecto, ora del simple retardo en el pago, lo que tradicionalmente se enlaza con lo prevenido por el artículo 1615 del mismo ordenamiento, de que "Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora,..", y, para ello, acudir a lo exigido por el artículo 1608 C.C., en punto preciso del requerimiento judicial.

Considera el Tribunal que en una nueva lectura de los textos legales aludidos, y especialmente del artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, resulta claro que la mora, como situación jurídica del deudor incumplido que agrava su responsabilidad, permite reclamar los perjuicios moratorios que no los compensatorios, puesto que éstos pueden reclamarse desde el incumplimiento de la obligación, particularmente si se trata de obligaciones puras y simples, o condicionales, como también en el evento del cumplimiento imperfecto.

Para abundar en razones recuérdese que para abrir camino a la ejecución judicial basta que la obligación sea exigible.

La opinión de Claro Solar²² y de Abeliuk Manasevich²³, junto con lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema, Sala Civil²⁴, en este punto, que: *"Queda pues demostrado que a la resolución o a la ejecución de los contratos bilaterales se llega en unos casos a través de la mora y en otros en virtud del simple incumplimiento. Que en algunos casos el simple incumplimiento genera la acción resolutoria o de cumplimiento y la indemnizatoria. Corolario de lo anterior es que el artículo 1615 del*

²² Claro Solar. Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Editorial Jurídica de Chile, 1979. Volumen V, pp. 751 ss.

²³ Abeliuk Manasevich, René. Las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, 1993. Tomo II, pp.712.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 10 de agosto de 1983.

C.C. según el cual los perjuicios surgen de la mora, es una norma que hay que entender complementada con el apotegma salvo que la ley disponga otra cosa.”, reafirman lo aquí consignado.

Es importante distinguir la resolución de los contratos de las normas de indemnización de perjuicios contractuales —responsabilidad contractual—. El hecho de que los mismos textos que consagran la resolución (C.C., art. 1546 y C. Co., art. 870) hagan referencia expresa a la posibilidad de pedir indemnización de perjuicios, no implica que la resolución del contrato y la responsabilidad contractual sean lo mismo.

En efecto, la resolución permite al contratante que no ha incumplido extinguir el contrato cuando la otra parte ha incurrido en un incumplimiento grave. Al igual que la nulidad, tiene, en principio, efectos retroactivos. Es decir, una vez terminado el contrato las partes deben proceder a las restituciones mutuas de forma tal que queden en el mismo estado en que se encontrarían si la convención nunca se hubiese celebrado. Por su parte, la responsabilidad contractual se refiere a la norma que establece la obligación de reparar un daño causado a una parte en un contrato, por la inejecución de una obligación contractual en cabeza de su contratante.

Así las cosas, no solo puede haber responsabilidad contractual sin resolución y resolución sin responsabilidad, sino que, además, las restituciones mutuas, consecuencia de la resolución, no corresponden a la noción de daño. La existencia de un perjuicio sufrido por el acreedor insatisfecho no es una condición de la resolución. Además, vale la pena aclarar que en el supuesto de la inejecución de obligaciones de medios, el incumplimiento —condición de la resolución— es muy distinto a la culpa —condición de la responsabilidad civil—.

En efecto, este concepto constituye una noción objetiva: el no haber realizado la conducta prescrita por la norma contractual, lo que no implica, necesariamente, una culpa. Esta, por su parte, tiene una connotación subjetiva: haber procedido de forma negligente o imprudente, actuando de manera distinta de como lo hubiese hecho un sujeto hipotético, colocado en las mismas circunstancias del contratante. En este orden de ideas, la palabra culpa se utiliza para expresar una desaprobación, un reproche, y no, simplemente, para enunciar que se desaprueba. Implica, entonces, un “juicio de valor”.

Desde la perspectiva del Código Civil, y en tratándose de **obligaciones de hacer**, la cuestión no representa problema alguno, habida cuenta que el artículo 1610 le concede al acreedor la acción indemnizatoria, directa y autónoma, contra el deudor constituido en mora de cumplir: *“Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”* (ordinal 3º del art. 1610, C.C.).

Sin embargo, la doctrina ancestral de la Corte, en tanto rechazaba la pretensión indemnizatoria directa por incumplimiento en obligaciones diferentes a las de hacer, fue enmendada para hacerla extensiva a todas, a partir de la sentencia del 3 de diciembre de 1977, acogida y reiterada en posteriores fallos de casación.

Así, en sentencia del 19 de octubre de 2009, Magistrado Ponente William Namén Vargas, se predicó:

*"Con estas premisas, a partir de la rectificación de la postura que negaba esta posibilidad, salvo en las obligaciones de hacer (cas. civ. 3 de diciembre de 1977, CLV, p. 323), ha sido, doctrina constante de la Corte, dentro del ámbito de la preceptiva legal contenida en el artículo 1546 del Código Civil, la de que la indemnización de los daños derivada del incumplimiento constituye una prestación diferente y como tal puede exigirse, ya como pretensión accesorio, complementaria o consecuencial de la resolución o del cumplimiento, **bien como pretensión autónoma e independiente**" (subraya añadida)²⁵.*

Para lo que adelante se expresa en este punto, es del caso memorar que si bien el contrato que ligó a las partes fue terminado en ejercicio de la facultad unilateral pactada, el reclamo indemnizatorio se abre camino para su estudio en aparte posterior.

ALLANAMIENTO Y OPOSICIÓN

²⁵ **"Autonomía de la indemnización de perjuicios frente a la resolución o el incumplimiento.** La Corte Suprema de Justicia, siguiendo alguna doctrina foránea, fue renuente a aceptar como autónoma la acción exclusiva de indemnización de perjuicios, ya que siempre la consideró accesorio a la de resolución o cumplimiento, salvo si se trataba de obligaciones de hacer –por lo dispuesto en el art. 1610-; pero posteriormente rectificó su jurisprudencia de manera expresa, sin que se conozcan pronunciamientos contrarios y, en cambio, sí ratificadores de esa autonomía. La posición primigenia de la Corte era discutible porque, amén de que la acción de indemnización de perjuicios es un efecto general del incumplimiento de toda obligación, sea cualquiera su fuente, sin que sea exclusiva de las obligaciones contractuales, es obvio que en muchos casos el acreedor no tiene interés en pedir la resolución o el cumplimiento, como cuando la cosa pereció o sólo debía ser dada o ejecutada en cierto tiempo. En tal sentido la Corte Suprema realizaba una interpretación exegética del artículo 1546 sin tener en cuenta toda la estructura del régimen de las obligaciones, cuando de manera clara regula el efecto de las obligaciones disponiendo la indemnización de perjuicios cuando se ha incumplido la obligación. Aunque el Código de Comercio tampoco contempla esa posibilidad en el artículo 870, por lo menos de manera expresa para el contrato de compraventa (art. 925) sí lo hace, sin que, como ocurría antes en materia civil, se pueda limitar la autonomía de la indemnización a casos particulares" (Hernán Darío Velásquez Gómez, Estudio sobre Obligaciones, Temis, 2010, página 288).

La demandada en reconvención al dar respuesta se allanó a la pretensión declarativa (hecho 14) de "la existencia del Contrato MOR-72-16", y se opuso al resto de las pretensiones.

ANÁLISIS BAJO LA SANA CRÍTICA

Aquí se adoptará lo que en otro laudo se hizo, por ser completamente pertinente:

"Se estudiará cada uno de tales factores o ingredientes – los axiológicos-, analizando las piezas procesales de las partes (demandas, contestaciones, alegaciones) y valorando el cúmulo de pruebas "regular y oportunamente allegadas al proceso" (art. 178 CPC), "apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica" (art. 187 ibídem).

Se anticipa que en el análisis de la formación, celebración y ejecución del contrato..., con fundamento en la convicción que para el Tribunal arroje el quehacer crítico del material probatorio, se tendrá como guía insustituible el postulado de la buena fe.

De otro lado, conviene significar que, sobre el método valorativo de la "sana crítica", la jurisprudencia ha dejado asentada la siguiente orientación, que, por razones evidentes, este Tribunal acatará al sopesar los medios probatorios que, como dispositivos de persuasión, levanten un fallo ajustado a derecho (art. 174 C.P.C.):

"Ese concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas".

*"El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. **La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia**, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento".*

(Sentencia C-622 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, subrayas impuestas)

Finalmente, no debe escaparse que si bien "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" (art. 177 del C. de P.C.), no puede entenderse por ello que los medios probatorios que cada una de ellas aporte, solicite y se practiquen por su iniciativa, han de ser evaluados por el juzgador únicamente en beneficio de quien los aduce, excluyendo lo que le sea nocivo o perjudicial a sus intereses en la causa judicial. No. Una vez pedida, decretada y practicada en legal forma, la prueba es del proceso, es decir, a él le pertenece, en virtud del fenómeno que los especialistas del derecho probatorio han distinguido como "adquisición" o "incorporación" de la prueba en favor del proceso. De igual manera, el decreto oficioso de pruebas, que en la preceptiva colombiana, conforme a repetida jurisprudencia de las altas Cortes, no es una mera facultad del juez, mas sí una obligación –imperativa- orientada a terminar de conquistar la verdad real de los hechos litigiosos, no implica adhesión ni parcialidad ni inclinación hacia uno de los contendientes, sino que obedece a la alta misión de la administración de justicia, la cual ha sido establecida para hacer efectivos los derechos sustanciales en conflicto, resolviendo de fondo la litis. Todo lo cual se examina en conjunto y bajo la sana crítica, según los criterios apuntados por la Corte Constitucional en la cita transcrita precedentemente. (Laudo arbitral del 15 de diciembre de 2015, proceso arbitral promovido por JULIO NEL ARUACHAN MAUSA contra ALIANZA FIDUCIARIA S.A. -vocera y administradora del FIDEICOMISO AGROFUTURO PROYECTO PIÑA URABA ETAPA II- Cámara de Comercio de Medellín).

En las normas positivas tantas veces nombradas,- 1602, 1546 del C.C. y 870 del C. Co.-, se materializa la voluntad del legislador de consagrar la fuerza vinculante de los contratos, es decir su función ordenadora de las relaciones sociales, al tiempo que reconoce su carácter interpretativo del negocio jurídico.

"El contenido del contrato sólo puede ser creado, modificado o extinguido por

la voluntad de las partes o por la propia ley de modo expreso, sin que sea procedente realizar en tal punto interpretaciones extensivas. Por ello, al juez no le está permitido desconocer el consentimiento de los contratantes dentro de los contornos de la buena fe, como tampoco las causas expresamente previstas en normas positivas para afectar la validez de los convenios o privarlos de sus efectos (CSJ, sentencia del 17 de agosto de 2016, SC11287-2016, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez)”.

El Tribunal procede a precisar la temática, para mejor comprensión, en el campo, no de la condición resolutoria (art. 1546 C.C) la que surge del incumplimiento del contrato de construcción de obras civiles, por parte de CORA S.A.S, para la instalación de las compuertas del campo Moriche de acuerdo con el documento conocido como MOR-172-16, lo establecido en los términos de referencia, el pliego de condiciones, las especificaciones técnicas, los planos y las actas suscritas por las partes en desarrollo del contrato, sino por las normas de la indemnización de perjuicios contractuales — responsabilidad contractual, consagrado en nuestra estatuto mercantil en el artículo 870 ya citado.

No hay que confundir el hecho de que las voces del artículo 1546 del C.C y el 870 del C. de Co. se refieran, en forma expresa, a la posibilidad de quien se encuentre afectado por el incumpliendo contractual de la otra parte, pueda pedir que se le indemnicen los perjuicios causados, no lleva a la conclusión que ambas figuras –la resolución del contrato y la responsabilidad contractual, sean la misma cosa.

Para el Tribunal, CORA S.A.S. al haber suspendido la ejecución del contrato intempestivamente con su determinación de sacar el personal, los equipos de la locación y dismantelar todas las obras ya ejecutadas, a partir del 3 de febrero, se desvinculó de hecho del cumplimiento del contrato por su cuenta y riesgo, como consecuencia de no haberse aceptado su propuesta de terminación de común acuerdo, y sin que el contrato le permitiera tal conducta (ver confesión, según hecho 68 demanda). Por esta simple razón CORA, en referencia a lo consagrado en el artículo 870, por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, lo pertinente no sería la resolución sino la terminación del contrato, pretensión que desde esta óptica tampoco podría haber formulado CORA S.A.S., por tratarse de un contratante incumplido

LAS PRETENSIONES DE LA RECONVENCIÓN

Del detallado estudio de las pretensiones propuestas por MANSAROVAR se observa que, tal vez por falta de previsión, ésta no advirtió la improcedencia de las tres primeras pretensiones, porque, en estricto sentido no son consecuencias jurídicas a

las cuales se quiera sujetar al extremo demandado por virtud del laudo, ya que son meras declaraciones sobre hechos que desde la presentación de la demanda inicial presentada por CORA y la respuesta de la misma reconviniendo, ya se encontraban debidamente acreditados para el proceso. Veamos:

1. La primera de las pretensiones apunta a que se declare que entre las partes se celebró el contrato de obra MOR- 172-16, y, la segunda, a que se declare que en virtud de las estipulaciones del contrato CORA S.A.S. debía cumplir con sus obligaciones en los términos pactados.
2. Con la demanda inicial, y como quedó ya establecido para este Laudo en capítulo anterior, se acompañó el contrato como medio de prueba de lo afirmado en cuanto a su existencia y celebración (hecho 19 de la demanda), que al ser contestado se dijo ser cierto, con lo cual se reconoció dicha existencia y contenido.
3. La segunda de las pretensiones, igualmente, carece de sentido puesto que corresponde a la fuerza normativa y obligatoria de todo contrato.
4. Lo propio puede predicarse de las pretensiones tercera y cuarta; en efecto, en la primera de ellas se pretende la declaración de que CORA S.A.S. incumplió sus obligaciones, todas, algunas, o alguna de ellas; y, la cuarta, consecuencialmente que se declare que por su incumplimiento es responsable de los daños causados a MANSAROVAR. Sobre estas es del caso señalar:
 - 4.1. No se percató la demandante en reconvención de que el contrato ajustado entre las partes fue TERMINADO UNILATERALMENTE POR ELLA, precisamente por los incumplimientos endilgados a CORA S.A.S., como a espacio se dejó establecido en el capítulo en que se ocupó de despachar las pretensiones de la demanda, teniendo como sustento específico la consideración de que el contrato estaba terminado de manera unilateral en ejercicio de la facultad contractual pactada en favor de la Empresa.
 - 4.2. Que sin perjuicio de lo que resulte de la liquidación del contrato, bien sea de común acuerdo, o la que se haga de manera unilateral en los términos del contrato, quedan a su favor las indemnizaciones y las acciones de ley.

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar que en tratándose de los perjuicios reclamados por el incumplimiento de una obligación contractual, tales perjuicios para que sean indemnizables, a voces del artículo 1616 del Código Civil, deben ser ciertos, directos, previsibles, y, desde luego probados en la instancia judicial, a menos que pueda imputarse dolo al deudor, caso en el cual responderá no solo de aquellos previstos sino también de los imprevistos; en su caso, la indemnización no podrá extenderse más allá del detrimento patrimonial realmente sufrido por el acreedor.

La jurisprudencia reiterada de nuestra Corte Suprema, así lo define:

*"El incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido, en todo o en parte, de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante y por éstos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico. Estos perjuicios directos se clasifican, y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros solo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por su parte de sus obligaciones, y de estos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte."*²⁶

De otro lado, hay que tener en cuenta que la estimación de los perjuicios hecha en la reconvencción fue objetada en la réplica presentada por CORA, y en razón de ello, la carga de la prueba para la demostración de la existencia, naturaleza, cuantía y atribución de los daños como presupuestos del resarcimiento corresponde a MANSAROVAR.

Dejando sentado que existió el incumplimiento de CORA, no ocurre lo propio con la demostración de los daños cuya indemnización se pretende; en nuestra opinión la prueba fehaciente e inequívoca sobre cuáles fueron puntualmente los daños reclamados, habida consideración de que la memoria fotográfica ofrecida como prueba (folios 508 y ss Cuaderno de Pruebas No. 3) refleja la intervención de las zonas con ocasión de los trabajos adelantados por CORA y que supuestamente corresponden al estado existente al momento de que Cora hizo dejación de la zona, por sí solas no acreditan la existencia de los daños, pero, aún en gracia de discusión, salvo las declaraciones rendidas por los mismos funcionarios de MANSAROVAR, no arrojan

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. G.J., t. LIX, página 748

certeza sobre cuáles de las obras, que se afirman fueron necesarias contratar para reconformar el área, y, menos aún, que tales actividades hubiesen sido necesarias bien porque el daño ya se hubiese producido, o, que en el curso normal de los hechos fuera muy probable sufrirse, si era futuro.

Para abundar en razones, tampoco aparece elemento de convicción alguno que permita establecer los parámetros dentro de los cuales pueda derivarse la previsibilidad de los daños reclamados; si bien es cierto que bajo la cláusula Novena del contrato, en el apartado 9.12 se dijo que *".... en todo caso, a la terminación del contrato, o al momento de retirarse EL CONTRATISTA, este deberá retirar todos esos productos del lugar de los trabajos, bajo su costo, cuenta y riesgo y se hará responsable del manejo de los mismos, y de dejar el lugar de los trabajos en condiciones iguales al estado en que lo recibió."*; no se demostró cuál era el estado de la zona al momento de la entrega para cotejarla con el que se presentaba al momento de retirarse Cora de la zona, para, así, poder determinar que, salvo las construcciones que debían levantarse, el entorno de las mismas debían recomponerse. En este caso concreto, era imprescindible lo aquí echado de menos para darle identidad al daño en cuanto a su existencia, valor y atribución de responsabilidad, aun aceptando que bajo la estipulación contractual podrían considerarse previstos.

Las facturas aportadas provenientes de terceros (folios 552 y siguientes) si bien discriminan cantidades y conceptos, precisamente por carecer de certeza en la especificidad de los daños a reparar, no otorgan convicción sobre la identidad requerida para estructurar la obligación resarcitoria y dar la razón procesal a la reconviniente.

Igualmente echa de menos el Tribunal la prueba del contrato celebrado con ese tercero que, al decir de MANSAROVAR, le correspondió la reconformación del área de trabajo inconclusa dejada por la convocante en el campo MORICHE, y así hablar de identidad o correspondencia entre los daños atribuidos a CORA y los trabajos contratados para repararlos. Lo arrojado como complemento de los alegatos de fondo por parte de MANSAROVAR, que bien podría denominarse "lo que se debía hacer, lo que se hizo y lo que se dejó de hacer" con registros fotográficos, incluso de unas obras ya posteriormente ejecutadas, no pueden tenerse como medio de prueba dada su extemporaneidad.

DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La convocada, MANSAROVAR, de manera oportuna y con apoyo en el contrato de seguro de cumplimiento contractual por virtud del cual la asegurada, CORA S.A.S., trasladó a la aseguradora dicho riesgo, y teniéndola como beneficiaria a efectos de la

indemnización de los perjuicios que llegare a sufrir en el evento del incumplimiento por parte de CORA S.A.S., deprecó que dicha compañía aseguradora sea condenada al pago de todas aquellas sumas que resultaren a cargo de la asegurada por dicho concepto y dentro de la cobertura del seguro.

Como quiera que, como quedó consignado en el acápite correspondiente a la demanda de reconvención, no existió mérito para estimar la demanda de perjuicios, no hay lugar a pronunciamiento alguno respecto de la llamada en garantía, como se dirá en la parte resolutive del laudo.

JURAMENTO ESTIMATORIO Y COSTAS.

En lo que corresponde al juramento estimatorio, destaca el Tribunal que pese a que no se accedió a las pretensiones de la demanda, ni a las pretensiones de condena de la demanda de reconvención, ni al llamamiento en garantía, no hay lugar a imponer en contra de ninguna de las partes la sanción de que trata el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, toda vez que la misma sólo procede en los eventos en que las pretensiones de la demanda hayan sido negadas por ausencia de demostración de los perjuicios reclamados y cuando dicha imputación corresponda al actuar negligente o temerario de la parte, condición que claramente no se dio en el presente proceso arbitral, pues la denegación de las súplicas corresponde a un asunto de fondo, tal como previamente quedó explicado.

De conformidad por lo dispuesto por el numeral 1º del Artículo 365 del Código General del Proceso, "*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*" y de igual forma en el numeral 5º de la norma en cita, se otorga la posibilidad al juzgador de abstenerse de condenar en costas o imponer una condena parcial en casos como el presente, en la medida que no prosperan la totalidad de las pretensiones. Por esto, para el Tribunal de acuerdo con los mandatos y postulados que rigen la buena fe y lealtad procesal no pueden ser ajenos al análisis que debe realizarse en punto de la condena en costas, es decir, el juez no puede alejarse de la valoración de la conducta procesal de las partes al momento de definir un aspecto que aunque es accesorio, es de vital importancia, motivo por el cual se concluye que habrán casos en los que la conducta de las partes se ha ajustado a las reglas de probidad, lealtad, sinceridad, transparencia, diligencia y honradez que debe regir en cualquier relación procesal, que genere como consecuencia que no obstante que su posiciones procesales no tuvieron acogida, sean exoneradas de la condena en costas, más aún si el artículo 280 del Código General del Proceso, establece que en la sentencia "*El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes*". Por lo anterior, el Tribunal que en el

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CORA S.A.S
VS.
MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD –
5198

presente caso se abstendrá de condenar en costas, teniendo además en cuenta la conducta procesal desplegada por las partes a lo largo de este arbitraje.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, este Tribunal Arbitral convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre **CORA S.A.S.**, como Convocante y demandada en reconvención, y **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD** como parte Convocada y Demandante en reconvención, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar las pretensiones de la demanda de acuerdo en lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

SEGUNDO: Declarar que entre **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD** y **CORA S.A.S.** fue celebrado el Contrato MOR-172-16 Obras civiles para la instalación de las compuertas del Campo Moriche para prevenir inundaciones el 15 de noviembre de 2016 ("Contrato").

TERCERO: Declarar que, de conformidad con la cláusula primera del Contrato, **CORA S.A.S.** estaba obligada a de manera oportuna y diligente, en forma independiente, con personal propio, obrando con plena autonomía a prestar el servicio de construcción de obras civiles para la instalación de las compuertas del Campo Moriche para prevenir inundaciones.

CUARTO: Desestimar las demás pretensiones de la demanda de reconvención por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

QUINTO: Declarar que no hay lugar a resolver sobre el llamamiento en garantía formulado, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEXTO: Sin costas para ninguna de las Partes.

SÉPTIMO: Ordenar la devolución a las partes, de las sumas no utilizadas de la partida de gastos del Tribunal, si a ello hubiere lugar.

OCTAVO: Una vez en firme este laudo arbitral, entregar a cada árbitro y al secretario, el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CORA S.A.S
VS.
MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD –
5198**

Por consiguiente, las partes deberán proceder a entregar, de forma inmediata, a los Árbitros y al Secretario los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

NOVENO: Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

DÉCIMO: Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la oportunidad procesal correspondiente.

Notifíquese y Cúmplase.

Para constancia se firma,

LUIS AUGUSTO CANGREJO COBOS
Árbitro Presidente

JORGE HERNÁN GIL ECHEVERY
Árbitro
Con aclaración de voto


ALVARO ISAZA UPEGUI
Árbitro

CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario del Tribunal

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto a mis coárbitros, me permito hacer una aclaración de voto al laudo, conforme a las siguientes consideraciones:

Coincido en gran parte con lo expuesto en el laudo, y en todo, con su parte resolutive; sin embargo en dos puntos esenciales discrepo de sus considerandos.

En primer lugar, si bien el contrato suscrito entre **CORA S.A.S.** y **MANSAROVAR** en su génesis y formación corresponde a un contrato de libre discusión como juiciosamente lo expone el Tribunal, algunos de sus anexos contienen lo que se denominan condiciones generales de la contratación.

Por tanto, pese a que el texto principal no corresponde a un contrato de adhesión, en términos generales, si debe advertirse que el negocio jurídico convenido está integrado por la coexistencia de una serie de anexos, unos especiales y relativos exclusivamente al contrato MOR-17-2-16, y otros, que corresponden a lo que se conoce como Condiciones Generales de la Contratación, por ser aplicables a todos los contratos de obra celebrados por **MANSAROVAR**. En estos términos, los anexos A y B del contrato bien pueden calificarse como especiales y propios del contrato MOR-17-2-16, no así los anexos C, D y E, como tampoco los ítem denominados movilización y desmovilización (Anexo 3.2, folios 36 a 39 del cuaderno de pruebas Nro. 3), excavaciones (Anexo 3.3, folios 40 a 55) y suministro, nivelación, conformado y compactación de rellenos, terraplenes y vías de acceso (ANEXO 3.4, folios 56 y siguientes). Al respecto, la jurisprudencia ha considerado:

"2.2. En consecuencia, para decirlo sin ambages, ciertas peculiaridades de los referidos contratos, relativas a la exigua participación de uno de los contratantes en la

*elaboración de su texto; la potestad que corresponde al empresario de imponer el contenido del negocio; **la coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado, que suele recoger los elementos esenciales de la relación; y el otro, el reglamentado en forma de condiciones generales, caracterizado por ser general y abstracto;** las circunstancias que rodean la formación del consentimiento; la importancia de diversos deberes de conducta accesorios o complementarios, como los de información (incluyendo en ese ámbito a la publicidad), lealtad, claridad, entre otros; la existencia de controles administrativos a los que debe someterse; en síntesis, las anotadas singularidades y otras más que caracterizan la contratación de esa especie, se decía, le imprimen, a su vez, una vigorosa e indeleble impronta a las reglas hermenéuticas que le son propias y que se orientan de manera decidida a proteger al adherente (interpretación pro consumatore)”.*

"La regla de "la prevalencia" confiere preponderancia a la condición particular o negociada cuando entra en contradicción con las de carácter general; desde luego que es lógico preferir el clausulado particular, por cuanto hace referencia al caso concreto, amén que, en principio, aclara o altera las estipulaciones generales. Conforme al principio de "la condición más compatible a la finalidad y naturaleza del negocio", en caso de presentarse contradicción entre cláusulas integrantes de las condiciones generales, deberá atenderse aquella que ostente mayor especificidad en el tema. Por último, en virtud del criterio de "la condición más beneficiosa", cualquier enfrentamiento entre estipulaciones que conforman las condiciones generales, y entre éstas y una condición particular, se resuelve aplicando aquella cláusula que resulte más provechosa para el consumidor".(Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de noviembre 04 de 2009, Ref.: Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01).

"Adicionalmente cabe agregar que esa convención se halla conformada tanto por unas regulaciones generales, como por otras particulares, respecto de las cuales, esta Sala de Casación en Sentencia CSJ SC, 2 may. 2000, Rad. 6291 explicó:

Las condiciones generales de contratación, denominadas comúnmente condiciones o cláusulas generales del negocio o del contrato, son la columna vertebral de la relación asegurativa y junto con las condiciones o cláusulas particulares del contrato de seguros conforman el contenido de este negocio jurídico, o sea el conjunto de disposiciones que integran y regulan la relación. Esas cláusulas generales, como su propio nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos los contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aún por los aseguradores del mismo mercado y están destinadas a delimitar de una parte la extensión del riesgo asumido por el asegurador

de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanen". (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC6709-2015 de mayo 28 de 2015).

De suerte que, coexistiendo en el contrato condiciones individuales y condiciones generales de la contratación, la interpretación de los textos respectivos debe hacerse separadamente y de forma individual, según corresponda a condiciones individuales, o a condiciones generales.

En cuanto al anexo denominado movilización y desmovilización, (anexo 3.2), al punto Nro. 01, alcance de los trabajos, se dice expresamente:

*"El alcance de los trabajos y actividades de movilización y desmovilización cubre todos los campos de **MANSAROVARENERGYCOLOMBIALTD**, (UR, Velásquez, Moriche, Abarco, Jazmín, Girasol, Oleoducto, entre otros) donde se ejecuten trabajos, EL CONTRATISTA deberá considerar en sus análisis e precios unitarios los costos asociados a cada locación, o el traslado entre locaciones según aplique".*

*"Como desmovilización se consideran todas las operaciones que **ELCONTRATISTA** debe realizar para retirar de los diferentes frentes de trabajo el personal, equipos, herramientas, etc., requeridos durante la construcción.*

*Esta especificación se refiere a la movilización y desmovilización del **CONTRATISTA**, de sus equipos, personal y herramientas y demás al área de los trabajos desde su sitio de origen, para la construcción de localizaciones, vías de acceso y facilidades civiles (fundaciones, estructuras, edificios, etc. Se entiende que el **CONTRATISTA** deberá iniciar la movilización de toda la infraestructura requerida con la anticipación suficiente para que llegada la fecha del inicio de actividades no se presente retraso alguno".*

Redundando en lo anteriormente expresado, con respecto al anexo denominado excavaciones (anexo 3.3), en este se determinó expresamente lo siguiente:

"Descripción de la actividad.

Esta especificación se refiere al conjunto de excavar, cortar, remover, cargar, transportar hasta el límite de acarreo libre (1000 m) y colocar en los sitios de desecho los materiales provenientes de los cortes y/o excavaciones para la nivelación del terreno, conformación de terrazas, para cimentaciones o fundaciones de equipos, cimentación de casetas, cuartos de control y edificios en general, para la instalación de tubería (líneas de flujo), para las cajas y pozos de inspección, vías y demás cortes y excavaciones en general que se requieran para la construcción de las obras civiles

indicadas en los planos y secciones transversales del proyecto, o de acuerdo con las modificaciones que apruebe MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. o su representante. En las excavaciones deberán tomarse todas las precauciones necesarias para que los materiales por debajo de las líneas finales de excavación o adyacentes a las mismas sufran la menor alteración posible”.

La sola manifestación de que los trabajos y actividades de movilización y desmovilización cubre todos los campos de explotación a cargo de **MANSAROVAR**, entre ellos, Moriche y Abarco, **no deja lugar a dudas que el referido anexo 3.2 contiene unas típicas condiciones generales de la contratación, por lo que no hay duda de que su clausulado fue extendido o dictado por una de las partes contratantes (MANSAROVAR).**

En lo atinente al anexo 3.4 que corresponde al suministro, nivelación, conformado y compactación de rellenos, terraplenes y vías de acceso, en dicho documento se especifica:

"1. Alcance de los trabajos.

Esta especificación se refiere al conjunto de actividades necesarias para realizar el suministro, cargue, preparación, procesamiento, colocación y compactación de los materiales necesarios para cimentación de estructuras, edificios, equipos, vías, andenes, sardineles, instalación de tubería, bancos de ductos, para construir terraplenes y todos los demás rellenos compactados necesarios para realizar las obras”.

Por tanto, los anexos 3.2, 3.3 y 3.4 corresponden a condiciones generales de la contratación y como consecuencia, a dichos anexos resulta predicable lo establecido en el artículo 1624 C.C. en el sentido que la interpretación del contenido de estos documentos, ante la duda, debe efectuarse en favor de **CORA S.A.S.**, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia:

*"El sentenciador, en todo caso, en su labor interpretativa, deberá mantener como norte, precisamente, **que las condiciones generales en el contrato por adhesión deben interpretarse a favor del adherente y en el sentido más favorable**, por razones de equidad, mientras entra en vigencia el nuevo estatuto del consumidor, donde se dispone expresamente, en el artículo 34, que dichas cláusulas se interpretan a favor de la parte adherente y que en caso de duda prevalecen las cláusulas más favorables para este”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 2001-01489 de diciembre 14 de 2011).*

De otra parte, el laudo expresa que el contrato terminó por virtud de la terminación unilateral decretada por **MANSAROVAR**, haciendo uso de la facultad de terminación

unilateral convenida en su favor en la **CLÁUSULA CUARTA**, alegando el incumplimiento previo de **CORA S.A.S.** (Págs. 70 y sgts.), por la siguiente causal:

*"i) Por incumplimiento parcial de **EL CONTRATISTA** en el desarrollo del objeto a que se refiere este contrato".*

Cuando se pacta una cláusula de terminación unilateral en favor de uno de los contratantes debido al incumplimiento del otro, y efectivamente la parte beneficiaria declara la terminación contractual alegando el incumplimiento de su co-contratante, como lo declaró **MANSAROVAR** en una comunicación de abril 06 de 2017, es obligación del Juez proceder a verificar si tal terminación unilateral se ajusta a derecho.

En estos eventos, considero que se debe aplicar el mismo desarrollo jurisprudencial y doctrinario que con respecto a los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio se ha venido decantando, tesis que enseña que para que proceda la terminación judicial del contrato, **el juzgador debe verificar la conducta de ambos contratantes, pues por sabido se tiene que el contratante incumplido no podrá obtener la resolución o terminación judicial del contrato, si a su vez, también ha incurrido en incumplimiento.**

En este orden de ideas, el Tribunal, para aceptar que **MANSAROVAR** dio por terminado unilateralmente el contrato, por justa causa, **debió analizar la conducta de ambos contratantes, pues resulta notorio que un contratante beneficiario de la facultad unilateral de terminación del contrato por incumplimiento de su co-contratante, no podrá hacer uso legítimo de tal facultad unilateral, si a su vez ha incumplido gravemente el contrato.**

Cuando se convienen cláusulas unilaterales de determinación del contrato, **en favor exclusivamente de uno de los contratantes**, si bien, dichos pactos por sí mismo no pueden considerarse absolutamente nulos, si es deber del juez verificar oficiosamente que no se trate de una cláusula impuesta abusivamente, o en todo caso, que su ejecución no haya sido abusiva, o contrariando la ley o el contrato. En otras palabras, siempre que se dé por terminado un contrato por uno de los contratantes acudiendo a una cláusula establecida en su favor, exclusivamente, es decir, sin que tal pacto lo pueda invocar la contraparte, es deber del juez analizar las circunstancias en que se convino dicho pacto, y en todo caso, la actuación de dicho contratante con miras a determinar si la declaratoria unilateral de determinación fue realizada de manera justa y leal.

Con el fin de dilucidar en debida forma los supuestos incumplimientos de la demandada, se tiene que el día 15 de noviembre de 2016 se suscribió el contrato MOR-176-12, y que el día 27 de diciembre de 2016, se firmó el acta de inicio.

Para determinar si existió un previo incumplimiento contractual de **MANSAROVAR**, me referiré a la obligación secundaria de conducta, derivada del artículo 871 del Código de Comercio en el sentido de honrar el deber de buena fe, en su modalidad de suministrar información oportunamente, por corresponder a la principal queja del convocante, según los hechos 27,28, 29,30, 32, 34, 35, 37, 51 y 95 de la demanda principal.

Sea lo primero anotar que tal como se acreditó en el proceso, antes de la presentación de ofertas y de la firma del contrato MOR 172-16, **MANSAROVAR** tenía pleno conocimiento de que por razón de la construcción de la carretera o troncal ruta del sol, los mojones señalados en los términos de referencia para licitar, indicativos de la georeferenciación necesaria para determinar los puntos de amarre correspondientes a las compuertas a instalar, ya habían desaparecido, y sin embargo, no se suministró dicha información a **CORA S.A.S.** Tal circunstancia aparece confesada al contestar el hecho 32 de la demanda principal y fue reconfirmada en los testimonios de Fredy herrera, Juan Lozano y Ricardo Cristo, todos funcionarios de **MANSAROVAR**.

Solamente el día 26 de diciembre de 2016, el interventor Fredy Herrera le relaciona a **CORA S.A.S.**, los nuevos puntos de georeferenciación (ver hecho 36 de la demanda principal, aceptado por **MANSAROVAR** como cierto).

Igualmente, se tiene en cuenta lo contestado al hecho 37 de la demanda principal, a título de confesión del demandado, en el sentido que la actividad realizada por **CORA S.A.S.** encaminada a localizar los nuevos puntos de amarre y que tardó 9 días, no fue prevista en el contrato, todo lo cual aconteció como consecuencia de la falta oportuna de información.

En conclusión, sí previamente a la firma del contrato MOR-172-16, **MANSAROVAR** tenía pleno conocimiento de que los puntos de georeferenciación indicados en los términos de referencia habían desaparecido por virtud de la construcción de la autopista "RUTA DEL SOL", tal información debió haberse suministrado oportunamente a **CORA S.A.S.**, para que lo presupuestado en ejecutarse en un solo día de trabajo a un costo de \$685.400, no hubiera demandado 9 días, a un costo final de \$21.567.869.47, según hechos 33 y 37 de la demanda principal. Por tanto, en este punto específico, **MANSAROVAR** incumplió con su deber de información en los términos del artículo 871 del Código de Comercio.

De igual forma, **CORA S.A.S.** sostiene que, para la debida ejecución de las obras, especialmente las que debían efectuarse en el punto norte 7, se requería el estudio de suelos que previamente a la licitación había mandado a realizar **MANSAROVAR**, el cual nunca le fue entregado.

Con relación a las condiciones del subsuelo en el campo moriche, está acreditado que efectivamente, previamente a la celebración del contrato MOR-176-12, **MANSAROVAR** contrató un estudio de suelos relacionado con los 4 puntos en los cuales se debían instalar las compuertas. Pese a lo anterior, el referido estudio de suelos no fue puesto en conocimiento de **CORA S.A.S.**, pues en el entendido de la convocada, este documento técnico solo era necesario para el diseño de las obras, más no se requería para la ejecución de las obras, según lo confesado al contestar los hechos 27 y 51 de la demanda principal y, lo manifestado por el representante de **MANSAROVAR** Jorge Hernán Gutiérrez H. en su declaración de parte del día 14 de febrero de 2018, así como lo expresado por los ingenieros Ricardo Cristo, Juan Lozano y Fredy Herrera en su declaración de marzo 13 de 2018.

Sin embargo, verificando el REGLAMENTO COLOMBIANO DE CONSTRUCCIÓN SISMORESISTENTE NSR-10, al definir lo que se considera estudio geotécnico, se dispone:

"H.2.1. Estudio geotécnico.

*H.2.1.1. **Definición:** Conjunto de actividades que comprenden el reconocimiento de campo, la investigación del suelo, los análisis y recomendaciones de ingeniería necesarios para el diseño y construcción de las obras en contacto con el suelo..."*

Ahora bien, pese a que para la construcción de compuertas como las previstas en el contrato objeto del proceso no se requiere cumplir con la normatividad correspondiente a las construcciones sismoresistentes, pues la misma norma NRS-10 así lo dispone, si resulta importante tener en cuenta la definición en antes transcrita, pues en dicha norma técnica, **aparece claramente especificado que los estudios de geotécnica o de suelos se elaboran para ser utilizados tanto en las etapas de diseño como en las etapas de construcción de obras.** Por lo tanto, teniendo en cuenta que el representante legal y los diferentes funcionarios de **MANSAROVAR** declararon que el estudio de suelos solamente se requiere para la etapa de diseño, pero no justificaron con ningún soporte técnico o normativo esta afirmación, se debe tener en cuenta lo expresado en la norma NRS-10, **en el sentido que los estudios de suelos si resultan útiles e importantes, tanto para el diseño como para la construcción de obras.**

En este orden de ideas, se debe resaltar que la mayor dificultad en la ejecución del contrato se presentó en desarrollo de las obras en el punto Norte 7, y específicamente

se relacionaron con el manejo de aguas, debido a que las condiciones de dicho campo eran sustancialmente diferentes a las de los otros tres, por lo que **el estudio de suelos si resultaba relevante para la implementación del plan de manejo de aguas, en el punto norte 7**. Es de resaltar que en lo que si coincidieron demandante y demandado es que las condiciones hídricas y del subsuelo del punto norte 7 eran sustancialmente diferentes a las que presentaban las otras tres locaciones, por lo que si resultaba pertinente poner en conocimiento de **CORA S.A.S.**, el estudio de suelos, para la debida ejecución de dichas obras.

Debido a que no se informó ni aportó ninguna razón técnica para demostrar que efectivamente el estudio de suelos no era necesario para la correcta ejecución del contrato, salvo lo dicho por los funcionarios de **MANSAROVAR**, se considera un nuevo incumplimiento de la convocada a su deber de información, el no haber entregado oportunamente dicho estudio.

De otra parte, el incumplimiento a este específico deber de suministrar el estudio de suelos, no puede entenderse subsanado por la omisión de **CORA S.A.S.**, consistente en no haber solicitado oportunamente el estudio de suelos, lo cual solamente realizó unos días antes a la terminación unilateral del contrato, según quedo plenamente probado. Lo anterior, debido a que la entrega de los estudios constituía una información previa a la firma del contrato, y que debió cumplirse aun sin petición de **CORA S.A.S.**, como desarrollo del deber de información. Tampoco se entiende purgado dicho incumplimiento por la omisión de la convocante al no haber efectuado la visita previa de campo en el punto norte 7, puesto que dicha visita tenía como finalidad establecer visualmente las condiciones de los campos en que se instalarían las compuertas, y naturalmente, la simple inspección “visual”, no hubiera podido determinar las condiciones especiales del subsuelo existentes en el punto Norte 7.

Por tanto, se concluye que **MANSAROVAR** si tenía la obligación de poner en conocimiento de los futuros proponentes el respectivo estudio de suelos, como cumplimiento a su deber de información, debido a las especiales condiciones hidrológicas que presentaba el punto Norte 7, condiciones que previamente a la apertura de la licitación, eran plenamente conocidas por **MANSAROVAR**, lo que constituye un nuevo incumplimiento contractual de la convocada.

Otro presunto incumplimiento alegado en la demanda, consiste en los requerimientos de **MANSAROVAR** para que **CORA S.A.S.**, por su cuenta y sin lugar a remuneración alguna, construyera las vías de acceso faltantes para poder instalar la compuerta en el punto norte 7, así como excavaciones que no formaban parte de lo contratado y por tanto, alega la convocante, se trataba de obras adicionales, según lo reiterado en los hechos 39, 41, 42, 43, 44, 45, 90, 91, 92 y 95 de la demanda principal.

En este punto, se considera que si era responsabilidad de **MANSAROVAR** adecuar las vías de acceso y realizar las excavaciones necesarias para la vía, para que el contratista **CORA S.A.S.** procediera a instalar las compuertas en el canal norte 7, pues si bien, el contrato MOR-172-16, en su documento principal, no corresponde a un contrato de adhesión, no puede afirmarse lo mismo con respecto de algunos de sus anexos tales como los anexos 3.2 y 3.3 correspondientes a "*Especificaciones técnicas y obras civiles de geotecnia*", (Movilización y desmovilización , excavaciones), 3.3 (excavaciones), y 3.4 (suministro y nivelación), documentos que corresponden a condiciones generales de la contratación.

En este orden de ideas, no se puede aceptar lo expresado por la convocada al contestar el hecho Nro. 42 de la demanda principal, y reiterado en los testimonios de los ingenieros Ricardo Cristo, Fredy herrera y Juan Lozano, todos funcionarios de **MANSAROVAR**, en el sentido que la construcción de las vías de acceso hasta el punto Norte 7, y las correspondientes excavaciones necesarias para tal efecto, correspondía a una obligación propia de **CORA S.A.S.**, según los anexos contractuales 3.4 (suministro, nivelación y compactación de rellenos), 3.3 (excavaciones), y anexo 3.2 (movilización y desmovilización).

Al respecto se considera que la enumeración genérica y simplemente indicativa de las posibles actividades y obras reseñadas en los anexos 3.4, 3.3 y 3.2, entre otras, la referencia a las "vías", nivelaciones y excavaciones, **no corresponde a una especificación técnica especial e inherente al contrato MOR 172-16, sino a condiciones generales de la contratación**, usualmente pactadas en los diferentes contratos de obra celebrados por **MANSAROVAR**.

Como consecuencia de lo anterior, no puede considerarse, razonablemente, que un contrato cuyo objeto específico sea la instalación de cuatro compuertas con charnelas para el control hidrológico en los sitios localizados en canal Guajira, canal ejército y canal punto Norte 7, según puntos de georeferenciación predeterminados, **comprenda o pueda comprender, igualmente, la construcción de vías de acceso, edificaciones, andenes, sardineles, bancos de ductos e instalaciones de tuberías, o excavaciones en todo el campo, por el simple hecho que tales actividades aparecen expresamente enunciadas en los referidos anexos.**

En este punto hay que tener en cuenta que el principio de la buena fe establecido en el artículo 871 del estatuto mercantil, precepto que también sirve como elemento determinante para la debida interpretación del contrato, como ya lo acepta nuestra jurisprudencia:

*"Hecha la anterior precisión, sin embargo observa la Corte, por ser aquí pertinente, que en materia de aplicación e interpretación de las cláusulas de un contrato se conjuga una compleja investigación, pues, a la par que exige escrutar sus términos y la verdadera intención de las partes contratantes para encontrarle a aquéllas su fuerza y eficacia, **no puede perderse de mira, entre otros aspectos, el postulado de la buena fe** con que deben obrar los sujetos participantes en la creación del vínculo".(Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de mayo 21 de 2002, Exp. 7288).*

*"La noción de buena fe suele ser contemplada desde tres perspectivas distintas: en primer lugar, aquella que mira el interior de la persona y, por ende, toma en cuenta la convicción con la que ésta actúa en determinadas situaciones; en segundo lugar, como una regla de conducta, es decir como la exigencia de comportarse en el tráfico jurídico con rectitud y lealtad; y, **finalmente, como un criterio de interpretación de los contratos**".(Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de febrero 02 de 2005, Exp. 1997-9124 02, y Sentencia agosto 09 de 2007, Exp. 00254.01).*

En resumidas, independientemente del principio de interpretación de las cláusulas ambiguas en contra del proponente o estipulante (art. 1624 C.C.), en materia mercantil y por virtud del principio cardinal de la buena fe consignado en el artículo 871, también se deben interpretar separadamente y con diferente alcance, las cláusulas establecidas en las condiciones individuales de la convención, de las consignadas en las condiciones generales del contrato, cuando ambas concurren en un mismo negocio jurídico.

En cuanto al anexo 3.2 (Movilización y desmovilización), que corresponde a verdaderas condiciones generales de la contratación como ya se indicó, en su sentido natural y razonable, ha de interpretarse como la simple movilización y desmovilización de los equipos, el personal y herramientas de **CORA S.A.S.**, tanto al inicio como a la terminación del contrato, **labores que razonablemente no incluyen la construcción de vías de acceso, estructuras y edificios**. Por tanto, el sentido del referido anexo 3.2 no puede significar que como consecuencia de las condiciones generales de contratación referidas a la movilización y desmovilización a cargo del contratista, en virtud de cualquier contrato de obra o de ingeniería, el contratista igualmente quede obligado a construir vías de acceso, estructuras y edificios, según los requerimientos que le haga la convocada.

En cuanto al anexo 3.3 denominado excavaciones, se itera que en este se determinó, al punto número 1:

"Descripción de la actividad.

Esta especificación se refiere al conjunto de excavar, cortar, remover, cargar, transportar hasta el límite de acarreo libre (1000 m) y colocar en los sitios de desecho los materiales provenientes de los cortes y/o excavaciones para la nivelación del terreno, conformación de terrazas, para cimentaciones o fundaciones de equipos, cimentación de casetas, cuartos de control y edificios en general, para la instalación de tubería (líneas de flujo), para las cajas y pozos de inspección, vías y demás cortes y excavaciones en general que se requieran para la construcción de las obras civiles ...". De manera que, con respecto al anexo 3.3 (excavaciones), ha de entenderse como la actividad de "excavar, cortar, remover, cargar y transportar...los materiales provenientes de las cortes y las excavaciones". Por tanto, cuando el referido anexo habla de "nivelación de terreno, conformación de terrazas para cimentaciones, fundaciones de equipos, cimentación de casetas, cuartos de control, edificios, instalación de tuberías...vías...". Este ítem no se puede interpretar en el sentido que cuando en las condiciones individuales y especificadas de contratación establecidas en el contrato MOR 172-16, se prevean actividades de excavación, **CORA S.A.S.**, igualmente, quedaba obligada a construir edificios, instalar tuberías, construir vías de acceso, casetas y cuartos de control o realizar excavaciones en cualquier parte, según requerimientos de **MANSAROVAR**. No, el sentido natural del anexo 3.3 es que si por razón del contrato de obra específico, este tiene como finalidad la construcción de vías, edificios, cuartos de control o instalación de tuberías, y se llegaren a requerir excavaciones, entonces, se aplicarán las especificaciones técnicas contenidas en el referido anexo, que se insiste, corresponde a condiciones generales de cualquier contrato de obra o ingeniería que tenga por objeto la construcción de vías, edificios, cuartos de control o instalación de tuberías, según el objeto individual de cada contrato, cuando para su ejecución se requieran hacer excavaciones. En este mismo orden de ideas, como el objeto específico del contrato MOR-172-16 era la instalación de cuatro compuertas para el control hidrológico de los campos moriche y abarco, pero en los puntos de georeferenciación predeterminados, el anexo 3.3 **solo aplica con respecto a las excavaciones necesarias para realizar dichas obras en el sitio convenido, esto es, la instalación de las compuertas**, lo que naturalmente se contrae al lugar donde se construirían las compuertas, y no a todo el campo Moriche y Abarco, actividad que en todo caso no implica la construcción y adecuación de vías.

Para ilustrar en mejor forma, si se celebra un contrato de obra consistente en la remodelación y adecuación de los pisos 5º, 6º y 7º de un edificio de propiedad de **MANSAROVAR**, obras que tienen por objeto el cambio de pisos, adecuación de oficinas modulares y modernización de la cocina y baños, y en dicho convenio se expresa que forman parte integrante los anexos 3.2, 3.3 y 3.4 ya referenciados, no tiene sentido pretender que el contratista, como consecuencia del contenido general de dichos anexos, también queda obligado a la construcción de vías de acceso,

andenes, sardineles, bancos de ductos, edificios, estructuras de cualquier tipo, cuartos de control e instalación de tuberías, a simple requerimiento del contratante, porque así aparece especificado en los mencionados anexos. Tales obras, no le pertenecen al contrato de remodelación y adecuación de los pisos 5º, 6º y 7º, ni si quiera como obligaciones que naturalmente se deben entender integradas al específico contrato por virtud de pertenecerle, según *"...la ley, la costumbre o la equidad natural"*, en los términos del artículo 871 del Código de Comercio que regula la integración objetiva de los contratos.

Por lo tanto, no pueden interpretarse los anexos 3.2, 3.3 y 3.4 del contrato MOR-172-16 en el sentido que siendo el objeto principal del contrato la construcción de obras civiles relacionadas con la instalación de cuatro compuertas para control hidrológico, por virtud de los referidos anexos, **CORA S.A.S.** igualmente se obligó a realizar la construcción de vías de acceso hasta los diferentes sitios en que debían instalarse las compuertas; al cambio de tuberías, y a realizar las demás actividades señaladas en los anexos denominados excavaciones, movilización y desmovilización, suministro y nivelación, no previstas en las condiciones individuales del contrato.

En conclusión, se considera que la construcción y adecuación de una vía de acceso hasta el punto del canal norte 7 donde se debía instalar la compuerta, y las excavaciones que se tuvieron que hacer para cumplir dicho cometido, no correspondían a obras previstas en el contrato MOR-172-16 a cargo de **CORA S.A.S.** como lo sostuvo **MANSAROVAR** al contestar los hechos 42,45, 90 y 95 de la demanda principal, y por lo tanto, se trataba de obras adicionales, no previstas en el contrato de condiciones individuales, por lo que al exigirse su construcción sin pago adicional alguno, constituyó un grave incumplimiento de la convocada.

En el caso objeto de estudio, son manifiestas los múltiples y graves incumplimientos de **CORA S.A.S.**, siendo el más significativo la terminación unilateral y de hecho del contrato a partir de febrero 03 de 2017, fecha en que abandonó la ejecución contractual, procedió a retirar su personal, equipo y maquinaria de la locación y a desmantelar y deshacer todas las obras previamente ejecutadas.

Ahora bien, con relación a **MANSAROVAR**, en mi criterio, dicha empresa también había incumplido gravemente el contrato por dos razones:

1. Incumplimientos en su deber de información;
2. Incumplimiento al exigir la ejecución de obras no previstas en el contrato, sin contraprestación alguna en favor de **CORA S.A.S.**

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CORA S.A.S
VS.
MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD –
5198

De suerte que, si **MANSAROVAR** había incumplido gravemente el contrato, no era viable aceptar la terminación unilateral decretada por dicha empresa de conformidad con la cláusula cuarta del contrato y por lo tanto, ante el mutuo y grave incumplimiento de ambas partes, se debieron desestimar las pretensiones de la demanda principal y la de reconvención.

En resumidas, ambas partes incumplieron gravemente el contrato por lo que, acreditado el mutuo y grave incumplimiento de ambos contratante, se repite, se debieron rechazar las pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvención, incumpliendo mutuo que debió haberse verificado oficiosamente, en los términos del artículo 282 del Código General del Proceso. En todo caso, la excepción de contrato no cumplido, igualmente se abre camino cuando en los contratos bilaterales como el que es objeto de este proceso, ambas partes incumplen gravemente sus obligaciones:

"la excepción de contrato no cumplido puede alegarse no solamente cuando es una sola de las partes la incumplidora, sino cuando lo son ambas". (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 16 de noviembre de 1966, GJ. CXVIII, página 161).

Teniendo en cuenta que ambas partes han alegado el grave incumplimiento de su contraparte, era pertinente la declaratoria de prosperidad de la excepción de contrato no cumplido con respecto a la demanda principal e igualmente con respecto a la demanda en reconvención, tal como lo solicitaron **CORA S.A.S.** y **MANSAROVAR**, respectivamente.

JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY
Árbitro